Die Konkurrenz des § 990, I Satz I BGB. mit sachen- und schuldrechtlichen Ersatzansprüchen.

Die Konkurrenz von Ersatzansprüchen des Eigentümers im Falle schuldhafter Unmöglichkeit der Herausgabe einer Sache nach bösgläubigem Besitzerwerb.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Klaus Wodtke

Referendar aus Oppeln.

Tag der Approbation: 26. 7. 1939.

1939

Junge & Sohn, Universitäts-Buchdruckerei, Erlangen

1939 N.163

Dekan: Professor Dr. jur, August Köhler.
Referent: Professor Dr. jur. Friedrich Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Gedächtnis
meiner verstorbenen Mutter

Inhalts-Verzeichnis.

	Seite
A. Einleitung	5
Stoffeinteilungund Begründung des Themas	5
B. Hauptteil	5—77
I. Begriffe	5— 9
§ 1: a) Der Begriff der schuldhaften Unmöglichkeit	5— 7
1. Unmöglichkeit	6
2. Schuldhaftigkeit	6
3. Schuldhafte Unmöglichkeit	7
§ 2: b) Der Begriff der Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb	7— 9
§ 3: c) Der Begriff des Ersatzanspruchs	9
II. Das Zustandekommen eines Zusammentreffens von Ersatzansprüchen	9—19
§ 4: a) Voraussetzungen	9—13
§ 5: b) Die zusammentreffenden Ansprüche	13—19
1. Die Ansprüche aus dem Eigentum	13—15
2. Die Ansprüche aus dem Besitz	15—16
3. Die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen	16
4. Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	16—18
5. Die Ansprüche aus Vertrag	18—19
III. Die Lehre von der Konkurrenz	19—49
§ 6: a) Hellwig	19—22
§ 7: b) Lent	23—27
§ 8: c) Schmidt	27—32
§ 9: d) Oertmann	33—37
§ 10: e) Klatzko	37—40
§ 11: f) Dietz	40—44
§ 12: g) Ergebnis	44—49
IV. Die Konkurrenz der einzelnen Ansprüche zueinander	49—77
§ 13: a) Das Verhältnis des § 990, I zum § 992	49—58
§ 14: b) Das Verhältnis der Ansprüche aus dem Eigentum zu den Ansprüchen aus den unerlaubten Handlungen	58—64
§ 15: c) Das Verhältnis der Ansprüche aus dem Eigentum zu den Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung	64—73
§ 16: d) Das Verhältnis der Ansprüche aus dem Eigentum zu den Ansprüchen aus Vertrag	72—74
§ 17: e) Das Verhältnis des § 826 zu den Ansprüchen aus Vertrag	74—75
§ 18: f) Das Verhältnis der Ansprüche aus dem Besitz zu den angeführten Sachen- und Schuldrechtsansprüchen	75—77
1. Das Verhältnis des § 990 (verbunden mit § 1007, II und III, 2) zum § 992 (verbunden mit 1007, III, 22)	75—76
2. Das Verhältnis der §§ 990, 992 (verbunden mit § 1007, III, 2) zu den Eigentums- und Schuldrechtsansprüchen	76—77
V. Die Lösung der Konkurrenz	77—79
§ 19: a) im abstrakten Fall	77—79
§ 20: b) im konkreten Falle	79
Schrifttum	79—80

A. Einleitung.

Stoffeinteilung und Begrenzung des Themas.

Voraussetzung für eine wissenschaftliche Arbeit ist es, die darin in der Hauptsache behandelten Begriffe eindeutig festzulegen und gegeneinander abzugrenzen; nur so gelangt man zu einem von Mißverständnissen freien Ergebnis.

Daher sind auch hier zuerst einmal die im Thema enthaltenen Begriffe bestimmt. Dann erst kann in der Hauptsache daran gearbeitet werden, darzustellen, wann, wie und ob es überhaupt möglich ist, daß der im Thema bezeichnete (abstrakte) Tatbestand sich in einen konkreten Tatbestand umwandelt und so praktisch die Notwendigkeit einer Untersuchung der Konkurrenzfrage für diesen (abstrakten) Fall begründet. Nach Schaffung dieser Voraussetzungen kann dann das Verhältnis der einen Anspruch begründenden Bestimmungen zueinander erörtert, und daraus ein Ergebnis gewonnen werden.

Hierbei sei bemerkt, daß bezüglich der Konkurrenz nur zwei Unterbegriffe derselben zur Erörterung stehen. Es sind dieses die Begriffe der Gesetzes- und Anspruchskonkurrenz. Nur in diesen beiden Formen nämlich wird — wie sich später zeigt — die Konkurrenz in vorliegendem Falle von einer Bedeutung, die Anlaß dazu gibt, sich mit diesem umstrittenen Gebiet näher zu befassen. In der Vorstellung des Lesers werden bei dem Worte Konkurrenz wohl ohnehin nur die Begriffe der Gesetzes- und der Anspruchskonkurrenz entstehen und, bei der Fassung des Themas hier, sofort alle möglichen anderen Konkurrenzbegriffe verdrängen. Es ist sowohl aus diesen wie auch aus Gründen der Vereinfachung der äußeren Form darauf verzichtet worden, diese Begrenzung von vornherein zum Ausdruck zu bringen. Es wird daher bei der Erörterung der Begriffe hier nicht gleich auf den Oberbegriff eingegangen, sondern sofort mit der Untersuchung der beiden Unterbegriffe begonnen [1]).

B. Hauptteil.

I. Begriffe.

§ 1: a) Der Begriff der schuldhaften Unmöglichkeit.

Der hier zu erklärende Begriff der schuldhaften Unmöglichkeit zerfällt in zwei Bestandteile. In den der Schuldhaftigkeit,

1) Darüber, wann Konkurrenz in diesem Sinne vorliegt, soll weiter unten (§ 12, III g) berichtet werden.

des Verschuldens, und in den der Unmöglichkeit. Oberbegriff ist die Unmöglichkeit, während die schuldhafte Unmöglichkeit nur eine besondere Form der Unmöglichkeit darstellt und als solche einen Unterbegriff zu dieser bildet.

Ohne hier nun lange auf die Unmöglichkeitslehre eingehen zu wollen, sei über den Begriff Unmöglichkeit kurz folgendes bemerkt:

1. Es treffen zwei Theorien zusammen [2]). Die eine Theorie läßt nur den logischen, physischen Begriff der Unmöglichkeit zu. Es handelt sich nach ihr nur da um Unmöglichkeit, wo der Schuldner selbst unter den allergrößten Schwierigkeiten und Opfern nicht die Leistung vollbringen kann. Nach der anderen Theorie wird diesem logischen Begriff der Unmöglichkeit ein juristischer Begriff gegenübergestellt. Jener geht auf die Auslegung des Vertrages und der praktischen Vernünftigkeit im Gegensatz zu der logischen Berechnung und der am Worte klebenden Deutungsweise zurück. Und zwar wird hier die Unmöglichkeit der Nichtzumutbarkeit gleichgesetzt. Das führt zur Aufstellung des Grundsatzes, daß dem Schuldner keine Kraftanstrengung zugemutet werden darf, welche einen Kraftaufwand über das normale (im Vertrage vorausgesetzte) Maß bedeuten würde.

Aus dem oben Dargelegten gewinnt man die Erkenntnis, daß Unmöglichkeit die Unfähigkeit bedeutet, Leistungen zu erbringen, ohne dazu einen Kraftaufwand entfalten zu müssen, der über das normalerweise vorausgesetzte Maß hinausgeht. Dementsprechend bedeutet Unmöglichkeit für einen Schuldner, daß er nicht die Macht [3]) besitzt, und nicht in der Lage ist, die ihm obliegenden Leistungen zu erbringen, ohne dazu einen Kraftaufwand entfalten zu müssen, der das normalerweise vorausgesetzte Maß übersteigt.

2. Schuldhafte Unmöglichkeit ist als Unterart dieser allgemeinen Unmöglichkeit eine solche, bei der die Verwirklichung der Tatumstände, welche die Unmöglichkeit herbeigeführt haben, schuldhaft geschehen ist.

Schuldhaftigkeit, gleichbedeutend mit Verschulden, ist ein bestimmtes seelisches, fehlerhaftes Verhalten des Täters, das diesem zum Vorwurf gemacht wird [4]). Das Fehlerhafte besteht darin, daß der Täter die schädlichen Folgen der Tat gekannt und gewollt hat oder daß er sie hätte kennen müssen. Schuld zerfällt demgemäß in Vorsätzlichkeit und Fahrlässigkeit (Kennenmüssen).

---

2) Vgl. Hedemann, a. a. O., § 23, I a.

3) Macht und Mögen haben sprachlich betrachtet anscheinend dieselbe Wurzel.

4) Lehmann, a. a. O., § 41, I.

Da es nicht die Aufgabe dieser Arbeit ist, eine längere Auseinandersetzung mit den verschiedenen Theorien des Vorsatzes herbeizuführen, sei der herrschenden und als richtig zu erkennenden Willenstheorie — im Gegensatz zur Vorstellungstheorie — der Vorzug gegeben.

Danach ist Vorsatz dann vorliegend, wenn der Wille des Täters auf den rechtswidrigen Erfolg seiner Handlung gerichtet war, wenn der Täter den rechtswidrigen Erfolg seiner Tat kannte und herbeiführen wollte. Kurz zusammengefaßt ist Vorsatz Kenntnis und Wollen des rechtswidrigen Erfolges. Fahrlässigkeit als die zweite Form des Verschuldens bedeutet, wie es das Gesetz selbst sagt (§ 276 BGB.), Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Schuld ist demnach entweder Kenntnis und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs und der Tatumstände, durch die dieser Erfolg herbeigeführt wurde oder Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

3. Unter schuldhafter oder verschuldeter Unmöglichkeit ist also der Fall zu verstehen, daß der Schuldner unfähig ist, Leistungen zu erbringen, ohne dazu einen Kraftaufwand entfalten zu müssen, der das normalerweise vorausgesetzte Maß übersteigt, wobei die Verwirklichung der Tatumstände, welche die Unmöglichkeit herbeigeführt haben, entweder mit Kenntnis und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs sowie der Tatumstände, durch die dieser Erfolg herbeigeführt wurde, oder unter Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt geschah.

§ 2: b) Der Begriff der Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb.

Von dem jetzt zu erörternden Begriff der Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch weder eine Begriffsbestimmung, noch ist die Bösgläubigkeit als solche im Gesetzestext überhaupt erwähnt. Dagegen ist das Gegenteil von Bösgläubigkeit — Gegensatz von böse ist gut —, also Gutgläubigkeit, in der Form von „Guter Glaube“ verschiedentlich im Gesetzestext enthalten. So beispielsweise in den §§ 932, 933, 934, 936, 937, 990, 991, 1007 BGB. Eine Begriffsbestimmung liefert das Bürgerliche Gesetzbuch im § 932 für den Fall der Veräußerung. Es heißt hier: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.“ Da hier aber die Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb bestimmt werden soll, und zwar unter Hinzuziehung der Fälle, in denen der Besitz nicht durch Veräußerung — gleich Kauf und Eigentums- und damit auch Besitzübertragung — erworben wird, muß für diesen Fall

eine entsprechende Begriffsbestimmung gefunden werden, die sowohl der im Gesetz (§ 932 BGB.) enthaltenen entspricht als auch sich auf die übrigen, im Gesetz erwähnten Fälle des bösgläubigen Besitzerwerbs (§§ 990, 1007 BGB.) bezieht.

Wie festgestellt, ist Bösgläubigkeit dem Mangel des guten Glaubens — dem „Nicht in gutem Glauben sein" — gleichzusetzen. Bösgläubigkeit beim Erwerb des Besitzes heißt, beim Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben sein. Nicht in gutem Glauben sein oder Mangel des guten Glaubens bedeutet hier (vgl. § 1007 BGB.) bei entsprechender Anlehnung an die Begriffsbestimmung des § 932, II das Kennen oder das Nichtkennen — infolge grober Fahrlässigkeit — eines Mangels im Recht. Was dieser Mangel im Recht bedeutet, ist im § 932 ausgedrückt, nämlich, daß der Erwerber vom Veräußerer eine Sache erwirbt, die diesem nicht gehört. Das ist ein Mangel im (Eigentums-)Recht des Erwerbers. Die §§ 932 ff. bilden hiervon für gerade diesen Fall des Nichtvorliegens eines Mangels des guten Glaubens eine Ausnahme. Da der Besitzerwerb (wie beispielsweise gemäß § 1007 BGB.) nicht nur durch Übertragung des Besitzes vom Übertragenden auf den Besitzerwerber — ähnlich wie im § 932 von dem Veräußerer auf den Erwerber — sondern auch in anderen als den im § 932 bezeichneten Formen der Eigentumsübertragung vor sich gehen kann (z. B. der Fund), so besteht hier nicht — ähnlich wie in den Begriffsbestimmungen des § 932 — ein Mangel des Rechts nur darin, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehörte, oder daß (der Fassung des § 1007 entsprechend) der den Besitz Übertragende (gleich dem Veräußerer im § 932) zur Übertragung nicht berechtigt war.

Der Mangel des Rechts, auf den sich der böse Glaube beziehen muß, ist daher schlechthin als ein Mangel des „Zum Besitz Berechtigtseins", eines Rechts zum Besitz also, anzusehen. Diese Annahme wird durch die Ansicht des Reichsgerichts [5]) verstärkt, nach welcher unter bösem Glauben nur das Fehlen des im wesentlichen ungestörten — guten — Glaubens an das Fehlen jedes Rechtsmangels zu verstehen sei. Hier faßt das Reichsgericht [6]) den Begriff des bösgläubigen Besitzerwerbs sogar noch weiter, als dieses hier geschehen soll und nötig ist. Denn „jeder Rechtsmangel" ist der übergeordnete Begriff zu dem bloßen Mangel eines Rechts zum Besitz. Der Mangel eines Rechts zum Besitz oder das „Nichtberechtigtsein zum Besitz" ist daher nur eine Sonderform eines Mangels im Recht und in diesem letztgenannten Begriff enthalten. Es muß daher mit Recht unter b ö s g l ä u b i -

5) RGZ. Bd. 39/163.
6) a. a. O.

gem Besitzerwerb — gleich Mangel des guten Glaubens beim Besitzerwerb — ein Besitzerwerb verstanden werden, bei dem dem Erwerber des Besitzes bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist[7]). Gleicher Ansicht betreffend der hier aufgestellten Begriffsbestimmung und damit auch bezüglich der Richtigkeit dessen, daß sich der gute Glaube nur auf das Nichtvorhandensein einer Nichtberechtigung zum Besitz zu beziehen brauche, ist die herrschende Meinung und mit ihr die Mehrzahl der Schriftsteller[8]).

§ 3: c) Der Begriff des Ersatzanspruchs.

Den letzten, hier zu erörternden Begriff (des Ersatzanspruchs) zu bestimmen, bietet keine Schwierigkeiten. Denn die Definition des Anspruches ist bereits im Gesetz gegeben (Legaldefinition im § 194 BGB.). Danach ist der Anspruch das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.

Ersatz ist hier in dem Sinne zu verstehen, daß eine andere Leistung an Stelle der schuldhaft unmöglich gewordenen (vereitelten) tritt. Diese andere Leistung ist der Ersatz und besteht in der Wiedergutmachung des Schadens oder in der Herausgabe (Ersatz) des Werts (§ 818, II BGB.) der verlorenen Sache.

Als Ersatzansprüche sind also hier nur solche Rechte zu verstehen, die einen Ersatz des durch die Unmöglichkeit entstandenen Schadens oder des Werts der untergegangenen Sache verlangen.

Alle Nebenansprüche (z. B. Ersatz von Nutzungen und Früchten) scheiden bei dieser Betrachtung aus.

II. Das Zustandekommen eines Zusammentreffens von Ansprüchen.

§ 4: a) Voraussetzungen.

Voraussetzungen dafür, daß anspruchbegründende Gesetzesbestimmungen überhaupt zusammentreffen, liegen dann vor, wenn sich aus ein und demselben Geschehen mehrere, verschiedene Rechtsbeziehungen ergeben, von denen jede die rechtliche Grundlage dafür abgibt, daß ein und derselbe Rechtsträger (Berechtigter) von ein und derselben Person (Verpflichteter) ein Tun oder Unterlassen verlangen kann (Anspruch). Voraussetzungen dafür, daß Rechte in dem Fall zusammentreffen, auf den sich diese Arbeit beschränkt, liegen vor, wenn der Tatbestand, welcher das Entstehen verschiedener Rechtsbeziehungen bedingt, derart

7) Staudinger, Komm. § 990, 2 a; RGRKomm. § 1007,2.
8) Planck, Komm. § 990, 2 a β; § 1007 2 b.

ist, daß in ihm der Besitz einer Sache bösgläubig erworben wurde und daß durch die Schuld des Erwerbers die Herausgabe derselben an den berechtigten Eigentümer [9]) unmöglich wurde, so daß hierdurch der Rechtsträger in seinen Rechten verletzt und dadurch ein Schaden entstanden ist. Daß ein Schaden entstanden sein muß, ist erforderlich; denn ohne einen Schaden können im vorliegenden Falle keine Rechte gegen einen bösgläubigen Erwerber, dem die Herausgabe der Sache durch eigenes Verschulden unmöglich wurde, geltend gemacht werden. Es ist auch tatbestandsmäßig kaum denkbar, daß in einem solchen Falle kein Schaden entsteht. Gerade in der Tatsache, daß eine Herausgabe der Sache nicht mehr möglich und die Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs für den Berechtigten hierdurch illusorisch geworden ist, ist diesem ein Schaden entstanden, zu dessen Ausgleich die hier zu erörternden Gesetzesnormen bestimmt sind. Der Schaden ist daher in unserem Falle eine Voraussetzung, ohne welche das Bestehen von Ansprüchen und damit deren Zusammentreffen nicht denkbar ist.

In einem solchen Falle ist es auch kaum vorstellbar, daß nicht mehrere Gesetzesbestimmungen auf denselben Tatbestand anwendbar sind. Immer wird sich der beim Eigentümer gegenüber bösgläubige Besitzerwerb einer Sache sowie die von dem bösgläubigen Besitzer verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe derselben in den Tatbestand der §§ 990, 89 BGB. einordnen lassen. Auch verletzt eine Handlung, durch welche nach bösgläubigem Besitzerwerb schuldhaft die Unmöglichkeit, die Sache herauszugeben, herbeigeführt wird, so gut wie immer eines der im § 823 BGB. angeführten Rechte oder eines der im Absatz II desselben Paragraphen erwähnten Schutzgesetze. Anders wäre es nur, wenn der bösgläubige Besitzerwerber nur einem Dritten gegenüber den Besitz erworben und dann die Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet haben würde, der böse Glaube sich also nicht darauf erstreckt, daß er dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitz berechtigt ist. In diesem Falle wären die Bestimmungen der §§ 990, 89 BGB. ausgeschlossen [10]). Bösgläubigkeit dem

9) Um die Behandlung der Konkurrenzfragen übersichtlicher zu gestalten, soll die Untersuchung nur auf die Fälle des bösgläubigen Besitzerwerbs im Verhältnis zum berechtigten Eigentümer beschränkt werden. Nur in diesem Falle kann das Zusammentreffen einer Höchstzahl von Schadensersatznormen deutlich veranschaulicht werden. Da außerdem der Eigentümer in diesen Fällen meistens auch der Besitzer ist, so kann sich eine derartige Untersuchung in der Hauptsache nicht wesentlich von einer solchen unterscheiden, die ihrem Tatbestand nur das Verhältnis zwischen berechtigtem Besitzer und bösgläubigem Besitzerwerber zugrunde legt. Im übrigen vgl. § 18, IV, f.

10) Vgl. Staudinger, Komm. § 990, 2 a).

Eigentümer gegenüber ist also auch eine Voraussetzung für ein Zusammentreffen von Ansprüchen der hier zu behandelnden Art. Immer werden dabei auch die Bestimmungen des § 823 BGB. verletzt; denn eine Handlung, durch welche bei bösgläubigem Besitzerwerb schuldhaft die Unmöglichkeit, eine Sache herauszugeben, herbeigeführt wird, verletzt so gut wie immer eines der im § 823, I BGB. angeführten Rechte oder die im Absatz II desselben Paragraphen erwähnten Schutzgesetze. Die Erörterung eines derartigen Zusammentreffens von Gesetzesbestimmungen allein soll aber nicht der Zweck dieser Arbeit sein. Dazu sind die hier entstehenden Fragen in der Literatur schon zu oft behandelt worden [11]).

Vielmehr soll auch gezeigt werden, wie gerade ein im Leben sich so oft konkretisierender Tatbestand wie der im Thema bezeichnete abstrakte, Rechtsgrundlagen für eine derartig beträchtlich hohe Zahl von anspruchbegründenden Rechten bieten kann, daß es sowohl von wissenschaftlichem, wie auch von praktischem Interesse ist, zu zeigen, wieviele Bestimmungen hierbei hauptsächlich zusammentreffen können, um deren Verhältnis zueinander zu untersuchen und zu klären. Jeder, der bei der Feststellung einer Rechtslage einen solchen konkreten Fall bösgläubigen Besitzerwerbs zu behandeln hat, wird sich mehr oder weniger mit dem Problem der Konkurrenz auseinandersetzen müssen. Um möglichst alle Fälle eines Zusammentreffens von Gesetzesbestimmungen für einen derartigen Tatbestand zu erörtern, und dabei alle sich hier bietenden Fragen nach der Konkurrenz zu erfassen, erscheint es zweckmäßig, ein Beispiel zu bringen, welches bereits die hauptsächlichsten Möglichkeiten umfaßt. An Hand dieses konkreten Falles wird dann der Beweis dafür abgelegt, daß sich (tatsächlich) eine derart hohe Zahl von Rechtsnormen für einen konkreten Tatbestand ergeben kann. Was hier vor allem dabei interessiert, ist aber die Tatsache, daß, da sogar alle die später genannten Bestimmungen auf einen Tatbestand [12]) zusammentreffen (wenigstens dem Anschein nach), diese in irgendeiner Weise auch einzeln oder in Gruppen im Falle einer Konkretisierung unseres Tatbestandes Anlaß zu einer Untersuchung der Frage der Konkurrenz bieten.

Eine Untersuchung der Frage der Konkurrenz in diesem Falle erschöpft daher im wesentlichen das Problem für alle sich diesem Thema bietenden Fälle der schuldhaften Unmöglichkeit

---

11) Staudinger, Bd. 3, 1. Sachenr., § 987 Bem. 9; Planck Bd. 3, Vorbem. 3 zu §§ 985 ff.; RGRKomm. § 989, 1; Lent 1. Bd., § 7 V, 2; Schmidt, § 19, II S. 174 f.

12) Unter Tatbestand kann hier (im ersten Teil) noch vorläufig auch konkreter Vorfall verstanden werden.

der Herausgabe einer Sache durch den bösgläubigen Besitzerwerber.

Aus dem bisher Angeführten ist ersichtlich, daß die Voraussetzung für ein Zusammentreffen von Rechtsregeln, so wie es hier Gegenstand einer Erörterung bilden soll, ein Tatbestand bilden muß, der in der Konkretisierung des in der Aufgabe bezeichneten Falles besteht. Dieser Tatbestand muß außerdem eine — für vorliegenden Fall möglichst hohe — Anzahl von verschiedenen Rechtsbeziehungen zwischen einem Berechtigten und einem Verpflichteten enthalten, so daß daraus ein Zusammentreffen von mehreren Rechtssätzen auf ein und denselben Tatbestand hervorgeht. Er muß ferner die schon oben (S. 9 ff.) erwähnten Erfordernisse aufweisen. Den Beweis für die Existenz eines derartigen Tatbestands liefert folgendes Beispiel:

Der Unternehmer U stellt auf dem ihm gehörigen Grundstück Tagelöhner an, die unter der Erde befindliche Schätze ausgraben sollen. U selber, sowie eine Reihe von ihm eingesetzter Beauftragter wohnten den Ausgrabungen bei, um die gehobenen Kostbarkeiten persönlich in Empfang zu nehmen. In einem unbeachteten Augenblick nimmt der Tagelöhner T eine von ihm ausgegrabene, kleine goldene Vase (im Werte von 500 RM.) an sich, verbirgt diese in seinem Arbeitsanzug und verkauft den Gegenstand nach Verlassen des Grundstückes an den Antiquitätenhändler A für 500 RM. A veräußert dann die Vase an den B und B an X.

Dieser Tatbestand enthält all die oben angeführten Voraussetzungen. Denn T war einmal beim Erwerb des Besitzes an der Vase dem Eigentümer U gegenüber nicht im guten Glauben. Hierbei ist festzustellen, daß U gemäß § 984 BGB. Eigentümer an der Sache geworden war. Diese hatte solange verborgen gelegen, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln war. Entdeckt hatte die Sache der U. Da er es als Auftraggeber auf die Entdeckung abgesehen hatte, ist er auch dann Entdecker, wenn er sich beim Suchen der Hilfe eines zugezogenen Arbeiters bedient und dieser den Schatz bloßlegt [13]).

Durch das Ausgraben und Herausnehmen der Sache ergriff T von derselben — vorläufig noch für U (§ 985 BGB.) — infolge der Entdeckung Besitz. Damit stand das Eigentum an der Sache dem U zu. Als Entdecker gehörte ihm die eine, als Eigentümer des Grundstücks, also der Sache, in welcher der Schatz verborgen war, die andere Hälfte. T wußte, daß er nur zur Bloßlegung der Sache und zu deren sofortiger Aushändigung an U oder dessen

13) Planck, § 984, 2 a (2. Abs.); 2 b (1. Abs.); RGRKomm. zu § 984 Ziffer 2; Biermann, Erl. 2 a zu § 984; RG. 70/310.

Beauftragten berechtigt war. Er wußte, daß er nicht zum Besitzerwerb für sich berechtigt war, sondern nur die tatsächliche Gewalt an der Sache für U in einem Verhältnis ausübte, das dem der Besitzdienerschaft entspricht (§ 855 BGB.). Denn Besitz wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben (§ 854 BGB.). Auf die hier auftretenden Streitfragen, wann die tatsächliche Gewalt erworben sei und inwieweit hierzu ein Besitzwille erforderlich sei, einzugehen, würde den Rahmen der Arbeit überschreiten. Auch tritt der Wille, die tatsächliche Sachherrschaft auszuüben, klar zutage; denn T versteckt das Kleinod, um es vor den Blicken aller zu verbergen. Hierin offenbart sich objektiv sowie subjektiv in erkennbarer Weise das Herrschaftsverhältnis, welches andere von der Sachherrschaft ausschließt [14]).

T wußte, daß er nicht zum (Allein-)Besitz an der Sache berechtigt war. Das erhellt aus der Heimlichkeit seines Tuns. Er erwarb somit bösgläubig (für sich) den Eigenbesitz [15]) an der Vase. Durch den späteren Verkauf derselben an A machte T für seine Person die Herausgabe derselben an U schuldhaft unmöglich. Sein Verschulden liegt darin, daß er Handlungen beging — Veräußerung der Vase — zu denen er als Nichtberechtigter (Nichteigentümer) kein Recht hatte und durch welche ein rechtswidriger Erfolg, nämlich die Verletzung des Eigentums des U entstand. Denn es war für T unmöglich, dessen Herausgabeverlangen entsprechen zu können. Da T alle seine Handlungen, sowie deren Erfolg kannte und wollte, hatte er die Unmöglichkeit, die Sache an U herauszugeben, verschuldet. T hatte somit den Besitz an einer Sache bösgläubig erworben und deren Herausgabe dann schuldhaft unmöglich gemacht. Es liegt demgemäß eine Konkretisierung des im Thema bezeichneten abstrakten Tatbestandes vor.

§ 5: b) Die zusammentreffenden Ansprüche.

1. Es ergeben sich aus dem Verhalten des T folgende Möglichkeiten der Anwendung von Gesetzesvorschriften, die miteinander konkurrieren können. Am nächsten liegen die Eigentumsvorschriften (§§ 985 ff. BGB.). Einen Anspruch aus der Bestimmung des § 985 BGB. herzuleiten, ist nicht möglich; Voraussetzung hierzu wäre es, daß sich der unberechtigte Besitzer noch im Besitz der Sache befände. Es mangelt daher bezüglich des

---

14) Vgl. hierüber RGRKomm. § 854, 3; LZ. 23/311; RGZ. 62/262; 77/208; Staudinger § 854, 2.

15) In der Wandlung vom Besitzdiener zum Eigenbesitzer liegt das Entstehen eines neuen Eigenbesitzverhältnisses. Vgl. Dietz, S. 213 über einen analogen Fall.

Besitzers (T) an der Passivlegitimation. Einen Anspruch aber auf Grund derselben Rechtssätze von vornherein auf Schadensersatz zu richten, ist nach anerkannter Rechtsprechung und herrschender Lehre nicht möglich. Zu einem Anspruch hierauf finden sich im Gesetz ausdrücklich die Vorschriften der §§ 989 ff. BGB. Sie wären andernfalls überflüssig [16]).

Dagegen steht der Anwendung der Vorschriften des § 990 BGB. nichts im Wege. Danach haftet der beim Erwerb bösgläubige Besitzer (T) dem Eigentümer (U) von der Zeit des Erwerbs an für die gleichen Schäden, für die der im § 989 BGB. erwähnte Besitzer von der Rechtshängigkeit an haften muß. Also auch für Schäden, die dadurch entstehen, daß die Sache infolge Verschuldens verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde vom Besitzer nicht herausgegeben werden kann. Dieser andere Grund ist in der durch T infolge Weiterveräußerung verschuldeten Unmöglichkeit der Herausgabe zu erblicken. Da somit die Voraussetzungen des § 990 in Verbindung mit § 989 BGB. erfüllt sind, ist ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß den §§ 990, 989 BGB. gegeben. Weiterhin liegt ein Anspruch gemäß § 992 BGB. vor. Der Besitzer muß sich hiernach den Besitz durch eine strafbare Handlung verschafft haben. Es muß also eine Tatbestandsverwirklichung vorliegen, die gegen ein Strafgesetz verstößt. Strafgesetz in diesem Sinne ist jede Gesetzesbestimmung, welche die Art, wie der Besitz erlangt wurde, im Interesse des Eigentümers mit Strafe bedroht [17]). Diese Voraussetzungen treffen hinsichtlich des Verhaltens des T zu. Denn dieser hat sich den Besitz an der Vase mittels einer Unterschlagung (§ 246 StGB.) verschafft. Er hat sich die durch Entdeckung und Besitzergreifung im Eigentum des U stehende, bewegliche Sache, die er in seinem Gewahrsam hatte, rechtswidrig zugeeignet. Die strafrechtliche Zueignung ist hierbei nicht entsprechend der bürgerlich-rechtlichen Zueignung aufzufassen. Es kommt der herrschenden Lehre heute wesentlich darauf an, ob die Sache wirtschaftlich ausgewertet wird, ob der Täter sich den Sachwert zueignet und in sein Vermögen überführt [18]). Verschiedene Schriftsteller sehen auch schon im Verheimlichen des Besitzes eine vollendete Zueignung, wenn hierin der Wille des Behaltenwollens zu erkennen ist [19]). Es führt zu weit, im Rahmen dieser Arbeit das sich hier bietende Strafrechtsproblem ausführlich zu würdigen. Heute feststehend

16) So grundsätzlich Staudinger, Komm. §§ 985, 3 S. 623; RGRKomm. § 985, 2 S. 316 und § 985, 3 b S. 317.

17) So RGRKomm. § 992, 1 und RGZ. 105/86.

18) So Kohlrausch, Komm. § 242 Anm. 8.

19) Kohlrausch, Komm. § 246 Anm. 3; vgl. Frank, Komm. § 246, III und III, 2.

und anerkannt ist die Erkenntnis, daß es auf einen äußerlich erkennbaren Vorgang sowie darauf ankommen muß, daß die wirtschaftliche Auswertung der Sache bei der Zueignung von irgendeiner Bedeutung ist. Das Verstecken des Gegenstandes im Arbeitsanzug entspricht diesem Erfordernis. Der Täter wollte damit die Sache unter Ausschließung aller anderen Personen für sich sicherstellen. Er hat sich hierdurch tatsächlich deren wirtschaftlichen Wert zugeführt. Es stand ihm von nun an offen, die Sache zu verwerten, wann immer er es wollte. Darin liegt eine rechtswidrige Zueignungshandlung. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Vorsätzlich handelte T ebenfalls. Der Tatbestand der Unterschlagung ist somit erfüllt.

Da T sich den Besitz an der Sache gerade durch diese rechtswidrige Zueignungshandlung — des Ansichbringens der Sache durch Verstecken — verschafft hatte, da gerade diese Art der Besitzverschaffung (die rechtswidrige Zueignung einer im eigenen Gewahrsam befindlichen fremden Sache) hier gemäß § 246 StGB. unter Strafe gestellt ist, ist die von T begangene Tat eine den Voraussetzungen des § 992 BGB. entsprechende Handlung.

Ein Diebstahl kommt als strafbare Handlung nicht in Betracht. T ist infolge der für U erfolgten Besitzergreifung allein Gewahrsamsinhaber. Das gilt auch dann, wenn er dem U gegenüber gemäß § 855 BGB. in einem Besitzdienerverhältnis steht [20]).

2. Aber auch aus § 1007, III, 2 BGB. kämen Schadensersatzansprüche gegen T in Betracht. Allerdings gilt als Schaden nur, da es sich ja um einen Besitzanspruch handelt, das Interesse des Klägers U am Besitz der Sache [21]). Daß U als Eigentümer ohne selber die tatsächliche Gewalt ausgeübt zu haben, aktiv legitimiert ist, ergibt sich daraus, daß er insofern Besitzer war, als T als sein Besitzdiener den Besitz nur für ihn erwarb und ausüben sollte, die rechtliche Wirkung des Besitzes damit in seiner eigenen (des U) Person eingetreten war. Das würde sogar dann noch gelten, wenn er nur einmal den mittelbaren Besitz der Sache innegehabt hätte [22]). Da der Abs. III, 2 des § 1007 ausdrücklich die Anwendung der §§ 986—1003 BGB. und damit auch die Anwendung der §§ 990/89, 992 BGB. anordnet, so würde der beim Erwerb des Besitzes an der Vase bösgläubige T dem U für den Schaden — d. h. also nur für das Interesse des U am Besitz — haften, der infolge schuldhaft herbeigeführter Herausgabevereitelung entstanden ist (§ 990/89 in Verbindung mit § 1007), sowie dafür, daß T den Besitz durch eine strafbare Handlung erlangt hat (§ 992 in Verbindung mit § 1007, I und IIII, 2). Da aber die

20) Vgl. Kohlrausch, Komm. § 242, 4; RGSt. 52/142.
21) RGRKomm. § 1007, 5 b; Staudinger, Komm. § 1007, III, 6 a.
22) RGRKomm. § 1007, 1 und Staudinger, Komm. § 1007, I, 2 a.

Sache außerdem dem früheren Besitzer U gegen dessen Willen aus seinem Besitz verloren gegangen ist, und in den des T gelangte, ist die Vase dem U abhanden gekommen, so daß die Bestimmung des § 1007, II anwendbar ist, nach der — vorbehaltlich der hier erwähnten Ausnahmen — der T, auch wenn er gutgläubig wäre, auf Herausgabe der Sachen haftet.

3. Die Haftung des T bestimmt sich ferner nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. T verletzt durch eine strafbare, also eine vorsätzliche und widerrechtliche Handlung das Eigentum des U und schädigte diesen dadurch. Denn T entzog dem U die Vase, indem er sie versteckte und fortschaffte und sich diese somit rechtswidrig zueignete (unterschlug § 246 StGB.). In dieser Besitzentziehung ist gleichzeitig eine widerrechtliche Zueignung und Verletzung des Eigentums des U somit zu erblicken. Außerdem machte T die Herausgabe der Sache durch Weiterveräußerung an gutgläubige Dritte schuldhaft unmöglich. Die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB. desgleichen die des Abs. 2 liegen also vor [23]). Bezüglich der Art und Weise der Haftung gilt dasselbe, was oben zu § 992 (vgl. II b 1) gilt. T würde danach also schon für Zufallschäden (§ 848 BGB.) haften.

Außer dem Anspruch aus § 823 BGB. hat T noch einen Anspruch auf Grund der Vorschriften des § 826 BGB. Vorsätzliche Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise ist Voraussetzung für die Anwendung dieser Regeln. Einen Schaden fügte der T dem U zu. Denn mittels Versteckens der dem U gehörigen Vase gelang es ihm, den Gegenstand in seinen alleinigen Besitz zu bringen und dann weiter zu veräußern. Diese Handlung geschah vorsätzlich. T kannte alle Tatumstände und deren für U schädliche Folgen und wollte die Handlung trotzdem ausführen. Diese Art seines Verhaltens verstößt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden [24]). Der Tatbestand des § 826 ist somit erfüllt.

4. Als weitere, anwendbare Gesetzesbestimmungen kommen die Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) in Betracht.

„In sonstiger Weise", d. h. hier durch die Unterschlagung des T., hat dieser den Alleinbesitz [25]) an der Vase ohne rechtlichen Grund erlangt; denn er eignete sich diese — in strafrechtlichem

---

23) RGRKomm. § 823, Ziff. 8: Entziehung der Sache durch Unterschlagung ist Eigentumsverletzung, die zugleich eine unerlaubte Handlung nach Maßgabe des Abs. 2 darstellt.

24) Staudinger, Komm. § 826, 3 c; RGZ. 79/417.

25) Daß auch der Besitz Gegenstand eines Anspruchs aus den §§ 812 ff. im Sinne des „Erlangten" sein kann, ist allgemein anerkannt. Vgl. Staudinger, Komm. Vorbem. 5 zu § 812.

Sinne — zu. Die „Zueignung" ist auf Kosten des U geschehen; denn U ist dadurch geschädigt worden. Er hatte nicht mehr die Möglichkeit über die Sache nach Belieben zu verfügen. Diese war vorläufig durch die Tat des U aus seinen Vermögenswerten geschwunden. T wäre demnach dem U gegenüber zur Herausgabe verpflichtet. Da T aber zur Herausgabe nicht imstande war, kommen die Regeln des § 812 BGB. nicht in Betracht. Auch liegt ein Anspruch gemäß § 816 BGB. nicht vor. Voraussetzung hierzu wäre es, daß T über den Gegenstand, die Vase also, verfügt, ohne dazu berechtigt zu sein, und daß diese Verfügung dem Berechtigten gegenüber, also dem Eigentümer U, wirksam ist. Die unbefugte Veräußerung der Sache an A ist eine derartig unberechtigte Verfügung seitens des T; denn T kann als Nichteigentümer keine Sachen veräußern. Die Veräußerung ist dem U gegenüber unwirksam. Zwar war der Erwerber A bei der gemäß § 929 BGB. erfolgten Veräußerung — durch Einigung und Übergabe — in gutem Glauben, doch war die Vase dem U gemäß § 935 BGB. abhanden gekommen, so daß demzufolge kein Eigentumserwerb eintrat. Abhanden gekommen sein bedeutet, daß die Sache ohne oder gegen den Willen des Besitzers U aus seinem unmittelbaren Besitz verloren gegangen ist [26]). Das trifft hier aus folgenden Gründen zu.

Da T nur Besitzdiener des U ist, ist U auch dann unmittelbarer Besitzer, wenn T für ihn Gewahrsam und Besitz ausübt. Die ohne den Willen des Besitzers U von Besitzdiener T weggeschaffte Vase ist diesem (U) auch dann abhanden gekommen, wenn T sie gemäß § 246 StGB. unterschlagen hat [27]). Die den § 932 BGB. ausschließenden Bestimmungen des § 935 BGB., nach denen der Eigentumserwerb dem Eigentümer (U) gegenüber unwirksam ist, wenn ihm die Sache abhanden gekommen ist, finden demnach hier Anwendung. Bezüglich der Anwendung des § 816 BGB. mangelt es also hier an der Voraussetzung der Wirksamkeit der Verfügung dem U gegenüber.

Dagegen ergibt sich aus der Vorschrift des § 818, II BGB. ein Anspruch des U gegen den T. Da die Herausgabe der Vase dem ursprünglichen Empfänger derselben, dem U, infolge Weiterveräußerung entsprechend dem § 818, II BGB. „aus einem anderen Grunde" nicht möglich ist, hat er den Wert der Ware zu ersetzen. Der Anspruch des U gegen T geht also hier nur auf Wertersatz (§ 818, II BGB.).

Dieser Anspruch gilt jedoch nur für den Fall, daß der bösgläubige Erwerber, also T, den mangelnden Rechtsgrund nicht

---

26) RGRKomm. § 935, 4, 1. Abs. (S. 276); RGZ. 71/253.
27) RGRKomm. 4, 1. Abs. (S. 276); RGZ. 106/6.

kannte. Kannte er diesen — was nach dem vorliegenden Sachverhalt keinem Zweifel unterliegen kann — so haftet er nach den strengeren Regeln des § 819, I BGB. Das bedeutet, daß T so haftet, als wäre der Anspruch von der Erlangung der Kenntnis an rechtshängig geworden. Demgemäß bestimmt sich seine Ersatzpflicht in Verbindung mit den §§ 818, IV, 292 BGB. nach den Vorschriften des § 989 BGB. Er hat also den Schaden für die schuldhaft herbeigeführte Unmöglichkeit der Herausgabe zu ersetzen.

5. Als letztes Rechtsverhältnis, aus dem sich Ansprüche des U gegen T ergeben, ist der Vertrag zu erwähnen. T stand zu U in einem Dienstvertragsverhältnis. T sagte dem U seine Dienste zu. Diese bestanden in dem Ausgraben von Schätzen auf dem Grundstück des U unter Auslieferung der einzelnen Gegenstände an die zur Empfangnahme bestimmten Personen. U verpflichtete sich zur Bezahlung der vereinbarten Vergütung. Also, ein zweiseitig verpflichtender, ein gegenseitiger Vertrag, ein Dienstverhältnis (§ 611 BGB.). Die als selbstverständlich vorauszusetzende Treuepflicht beider — sowohl des U wie des T — ist es, sich so zu verhalten, daß bei Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen dem andern kein Schaden entsteht. Mit dieser Verpflichtung ist auf seiten des T die Pflicht verbunden, jede der ausgegrabenen Sachen abzuliefern und nichts davon heimlich fortzuschaffen. Diese letztgenannte Pflicht — wäre sie nicht ausdrücklich vereinbart, so würde sie sich schon aus Treu und Glauben (§ 242 BGB.) ergeben — verletzte der T dadurch, daß er die Vase heimlich fortschaffte. Er erbrachte in diesem Falle also nicht die ihm obliegende Leistung; durch die Weiterveräußerung der Sache war es ihm auch unmöglich, diese Leistung später zu erbringen. Und zwar infolge von Umständen, die er zu vertreten hat. Diese bestanden in den den U schädigenden Handlungen, in dem Verstecken der Sache, dem Fortschaffen derselben, sowie in deren späterer Weiterveräußerung. Das Vertretenmüssen dieser Handlungsweise ergibt sich aus den Bestimmungen des § 276 BGB. Danach hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Da T., wie schon oben (S. 15) festgestellt, vorsätzlich handelnd diesen Umstand herbeiführte (dessentwegen die ihm obliegende Leistung nicht möglich war), so hat T dieses Verhalten zu vertreten.

U hat demgemäß gegen T einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 325 in Verbindung mit § 611 BGB.

Es liegen also fünf Gruppen von Rechtssätzen vor, von denen jede ihre Begründung in demselben Sachverhalt findet. Dieser Sachverhalt ist ein Fall — eine Konkretisierung — des hier zu behandelnden abstrakten Tatbestands der schuldhaften Unmög-

lichkeit der Herausgabe einer Sache durch den bösgläubigen Erwerber des Besitzes an derselben.

III. Die Lehre von der Konkurrenz.

§ 6. III a.

Hellwig.

Wie schon eingangs der Arbeit bemerkt, ist in dieser Abhandlung über die beiden, hier ausschließlich interessierenden Formen der bürgerlich-rechtlichen Gesetzes- und Anspruchskonkurrenz, zu berichten. Dabei ist es notwendig, zuerst einmal über den Begriff und die Lehre der Gesetzeskonkurrenz sowie über die hierüber bestehenden Meinungen Klarheit zu gewinnen. Als erster in der Literatur des bürgerlichen Rechts [28]) hat Hellwig [29]) an dem Begriff und der Lehre von der Gesetzeskonkurrenz gearbeitet. Er nennt Gesetzeskonkurrenz den Fall, daß ein und derselbe Tatbestand unter verschiedene Gesetzesregeln fällt (Lehrb. S. 266 § 37, 4). Hierbei steht es offen, ob die verschiedenen Gesetzesregeln anwendbar sind, wenn derselbe Tatbestand sich unter diese unterordnen läßt oder ob Tatbestand nur im Sinne der Konkretisierung eines abstrakten Tatbestandes zu verstehen ist, und ein Tatbestand auch nur eine einheitliche Rechtsfolge nach sich zieht. In diesem Falle wäre es bedeutungslos, daß die Tatumstände, die diesen einen Tatbestand bilden, auch den Tatbestand der verschiedenen Gesetze erfüllen (anscheinend passen). Erst aus den darauf folgenden Erörterungen gewinnt man hierüber einige Klarheit. Dort wird ersichtlich, daß es sich bei Hellwig nur um anspruchbegründende Gesetze handelt [30]) — um welche allein es sich auch in dem hier zu behandelnden Thema handelt —; dann aber zeigt sich auch, daß im Falle der GK nur ein Anspruch entsteht, also auch nur eine gesetzliche Bestimmung mit ihren rechtlichen Folgen anwendbar ist. (Hellwig a. a. O. S. 266.) Aus einem weiteren Vergleich zur strafrechtlichen Gesetzeskonkurrenz wird ersichtlich, daß der zweiten, oben gestellten Alternative der Vorzug zu geben ist, daß H. unter seiner Definition der GK den Fall versteht, daß beim Zusammentreffen verschiedener Gesetze auf einen Tatbestand nur das Gesetz, mit

28) Dem hier zu behandelnden Thema entsprechend wird das Problem der Konkurrenz nur auf diesem Rechtsgebiet bedeutsam.

29) Anspruch und Klagerecht, S. 98 ff.

30) Auch an anderer Stelle (Lehrb. S. 266 § 37, 4) ist ersichtlich, daß für ihn nur die Gesetzesbestimmungen in Betracht kommen, deren Rechtsfolge das Entstehen eines Anspruchs ist. Das erhellt die Tatsache, daß der Abschnitt, in dem H. die GK behandelt (S. 261, § 37 IV), „Forderungen und sonstige Ansprüche" als einleitende Überschrift hat).

Hilfe dessen dieser konkrete Tatbestand gebildet wird, zur Anwendung kommt.

Die Gegenüberstellung von ein und demselben Tatbestand und einem Verbrechen (a. a. O. S. 266 § 37, IV) zeigt, daß H. unter einem Tatbestand nicht irgend ein äußeres tatsächliches Geschehen, sondern die konkrete Tatbestandsverwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes in allen seinen Merkmalen versteht, ebenso wie Verbrechen die Tatbestandsverwirklichung eines strafgesetzlichen Tatbestandes in allen seinen Merkmalen darstellt [31]). Sie zeigt weiter, daß H. unter GK im bürgerlichen Recht eine, der strafrechtlichen Gesetzeskonkurrenz entsprechende, Konkurrenzform versteht [32]). Es soll also im Fall der GK nach Hellwig (Lehrb. S. 266) auch im bürgerlichen Recht nur ein Anspruch entstehen, d. h. nur eine Rechtsfolge soll eintreten. Er sagt auch (a. a. O. S. 263) negativ, daß, wenn der Entstehungsgrund, also der konkrete Tatbestand verschieden, also nicht einheitlich ist, verschiedene Ansprüche vorliegen, daher mehrere Gesetze anwendbar sind. Der Inhalt dieses Anspruchs, welcher Art die Rechtsfolge sein soll, ist aus der Verbindung der sämtlichen konkurrierenden Normen zu bestimmen. Damit ist allerdings für den, welcher für jeden Fall des Zusammentreffens von Gesetzen eine Regel sucht, nach welcher die einheitliche Rechtsfolge gefunden werden soll, nicht viel gesagt [33]). Wie soll dann der Inhalt des einen Anspruchs aus der Verbindung der sämtlichen konkurrierenden Normen bestimmt werden? In welcher Weise sollen die sämtlichen konkurrierenden Bestimmungen verbunden werden, so daß der Inhalt nur eines Anspruchs bestimmt werden kann?

Auf die Frage nach der Tatbestandseinheit antwortet Hellwig einmal (a. a. O. S. 263) negativ, indem er ausführt, daß der Entstehungsgrund, also der konkrete Tatbestand, verschieden, also nicht einheitlich ist, wenn es sich um einen verschiedenen tatsächlichen Vorgang handelt, und daß zwei Tatbestände auch dann verschieden sein können, wenn sie einzelne Stücke gemeinsam haben [34]).

31) An and. Stelle, S. 263, § 37, III, nennt er Tatbestand — gleichbedeutend mit Entstehungsgrund — die Gesamtheit der Umstände, die nach objektivem Recht zur Entstehung des Anspruchs gehören.

32) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht, S. 98, § 13, II, Anm. 2 hierzu.

33) Wann tritt der Fall ein, daß aus dem äußeren Geschehen, welches einen konkreten Gesetzestatbestand bildet, nicht auch die konkreten Tatbestände der verschiedenen Gesetzesregeln, unter die dieses Geschehen fällt, gebildet werden, so daß dann mehrere Regeln anwendbar sind und nicht eine, sondern mehrere Rechtsfolgen Platz greifen? Wann liegt also die Einheit des Tatbestandes vor?

34) Hierauf kann man mit Recht fragen (vgl. Lent, S. 90), welche Tatsachen denn dann gemeinsam sein können und welche nicht.

Kein einheitlicher Tatbestand liegt sodann noch dann vor, wenn zwar der äußere Vorgang derselbe ist, dieser sich aber als Verletzung verschiedener Rechte darstellt (Anspruch und Klagrecht, S. 92) [35]). Damit liegen also noch keine allgemein gültigen Regeln zur Auffindung eines einheitlichen Tatbestandes vor. Hinsichtlich der Lösung der Konkurrenzfrage führt H. aus (Lehrb. § 37,4 S. 266), daß das Verhältnis der konkurrierenden Normen entweder so sein kann, daß eine Norm die lex generalis darstellt, die andere die lex specialis. Die lex specialis, das spezielle Gesetz, regelt den unter das allgemeine Gesetz fallenden Tatbestand mit Rücksicht auf ein besonderes Moment erschöpfend, so daß bei der Tatbestandserfüllung beider Gesetze das spezielle das allgemeine Gesetz ausschließt. Es ist das der im Strafrecht am klarsten auftretende Fall der Spezialität, wie H. außerdem noch durch Beispiele aus dem Strafrecht verdeutlicht [36]).

Aus dem BGB. bringt H. (a. a. O. S. 267) unter anderem das Beispiel des Zusammentreffens der §§ 990 ff. mit den allgemeinen Deliktsgrundsätzen und bestimmt hier die Vorschriften der §§ 990 ff. als Spezialvorschriften zu den allgemeinen Deliktsgrundsätzen; vorausgesetzt, daß die Voraussetzungen des § 992 nicht vorliegen. Diesen Fall des Zusammentreffens von Normen aus ganz verschiedenen — wenn auch im BGB. enthaltenen — Rechtsgebieten, dem Sachen- und Schuldrecht, noch von dem Gesichtspunkt der Spezialität lösen zu wollen, ist bedenklich, und bedeutet m. E. eine zu große Ausweitung des Begriffs der Spezialität [37]). Das Verhältnis der konkurrierenden Normen kann aber auch so sein, daß die bezüglich desselben Tatbestands zusammentreffenden Bestimmungen sich derart ergänzen, daß nur ein Anspruch entsteht, falls das Gesetz dem Berechtigten ein ausdrückliches Wahlrecht gibt. Die konkurrierenden Vorschriften schließen sich hier nicht aus, sondern ergänzen sich. Auch hier entsteht nur ein Anspruch, falls nicht das Gesetz ausdrücklich dem Berechtigten ein Wahlrecht gibt, wie im Falle des § 687, Abs. 2 BGB. (H. a. a. O., S. 268.) Darüber, wann eine solche Ergänzung und damit Vereinheitlichung eines Anspruchs vorliegt, ob dieses in allen Fällen der Tatbestandseinheit, in denen keine Spezialität vorliegt, zutreffen soll, findet sich keine Antwort. Da-

35) Das ist übrigens auch stark bestritten, denn Verschiedenheit der Rechte schließt Identität der Tatbestände nicht aus. Das geht aus einem Vergleich mit dem Schuldrecht hervor (§ 325/26, § 462/63). Die dort zur Wahl gestellten Wandlungs-, Rücktritts- oder Schadensersatzrechte sind durchaus nicht identisch, entspringen aber denselben Tatbeständen. (Hierüber Lent, a. a. O. S. 90/91.)

36) Vgl. H., a. a. O. Anm. 61: Raub als spezielles Gesetz zum Diebstahl; § 370, 5 StGB., als spezielles Gesetz zu § 242 StGB.

37) Ähnliche Ansicht Klatzko, Diss. § 1, S. 6.

her sind außer auf dem Gebiet der Spezialität — dessen Geltungsbereich H. allerdings zu weit ausdehnt — die Probleme der GK bei H. nur unvollständig gelöst. Damit sei aber an dem Verdienst Hellwigs, als Erster den Begriff der GK vom Strafrecht auf das BGB. übertragen und als Erster die Erforschung des Gebietes der GK eingeleitet zu haben, nichts geschmälert. Die Unvollständigkeiten, die in seiner Untersuchung zu finden sind, dienen als Ausgangspunkt, für die nach ihm auf dem Gebiet der GK tätigen Schriftsteller.

Außer dem Begriff der GK hat Hellwig noch den Begriff der Anspruchskonkurrenz bestimmt. Er teilt hierbei die Anspruchskonkurrenz (AK) in zwei Arten ein. In die einfache und die alternative Konkurrenz. Er versteht (Hellwig: Anspruch und Klagerecht, S. 105, § 15) unter einfacher AK eine Häufung von verschiedenen Ansprüchen, die dasselbe rechtliche Interesse des Gläubigers zu befriedigen bestimmt sind und aus verschiedenen Tatbeständen entstehen. Da ja ein konkreter Vorgang, auf den mehrere Gesetze passen, auch mehrere konkrete Tatbestände schaffen kann, kann hiergegen nichts eingewendet werden. Es handelt sich hier überhaupt um keine Konkurrenz, da diese ja nur aktuell wird, wenn ein Tatbestand [38]) auf mehrere Gesetze zu passen scheint. Unter den Begriff der alternativen Anspruchskonkurrenz faßt H. die Fälle, in denen aus einem oder verschiedenen Tatbeständen Ansprüche erzeugt werden, die zwar dasselbe wirtschaftliche Interesse des Gläubigers, aber auf einem verschiedenen rechtlichen Wege befriedigen, so daß nur die Realisierung des einen oder des anderen Anspruchs möglich ist. Das Bedenkliche an dieser Definition ist, daß H. hier auch Fälle einbezieht, in denen konkrete Tatbestandseinheit vorliegt. Da er selbst (vgl. oben S. 19) als GK den Fall bezeichnet, daß ein und derselbe Tatbestand unter verschiedene Regeln fällt, müßte es sich hier also sowohl um Gesetzes- wie um Anspruchskonkurrenz handeln. Im nächsten Satz (a. a. O., S. 106, 3) aber klärt er diesen Widerspruch und scheint selbst die erwähnte Definition der GK abzuändern, indem er diese insofern einengt, als erst das Vorliegen e i n e s Tatbestandes mit e i n e m Anspruch (wenn auch der Inhalt aus verschiedenen Rechtssätzen bestimmt werden kann) als GK zu bezeichnen ist. (S. 106 § 15.) Er bezieht hier also auch die Rechtsfolge in den Begriff der GK. Im ganzen jedoch sind seine Aufklärungen über die Anspruchskonkurrenz und ihre Formen ausführlicher und deutlicher, als dieses bei der GK stellenweise der Fall war. Dieser haften die bereits oben (unter GK S. 20 ff.) aufgeführten Mängel an.

38) Im Sinne eines Vorfalls, vgl. Anm. 12 zu § 4 a meiner Arbeit (S. 11).

§ 7. III b.

Lent.

Nach Lent „beruht die Gesetzeskonkurrenz auf dem Gegensatz zwischen der Einheit des konkreten Tatbestandes und der Mehrheit der Gesetze (abstrakte Tatbestände), die (wenigstens prima facie) auf jenen passen" (Lent: a. a. O. S. 8/9.). Hierbei versteht Lent unter Gesetzen natürlich nicht den staatsrechtlichen Begriff von Gesetz als Gesetzesquelle oder Gesetzessammlung. Vielmehr ist unter Gesetz im Sinne der Konkurrenz nur eine gesetzliche, gleichartige Bestimmung innerhalb eines inhaltlich, übereinstimmenden Teiles (z. B. des BGB., StGB., HGB.) des gesamten Rechts zu verstehen (Lent, S. 5). Natürlich ist unter Bestimmung hierbei nicht Gesetzesparagraph, sondern ein abstrakter gesetzlicher Haupttatbestand zu verstehen, an den rechtliche Folgen geknüpft sind (S. 75). Bei oberflächlicher Betrachtung könnte nun hieraus die unrichtige Schlußfolgerung gezogen werden, daß, da die mehreren Gesetze auf einen konkreten Tatbestand p a s s e n, also anscheinend konkrete Tatbestände bilden, diese auch anwendbar sind und wir deshalb mehrere Gesetze nebeneinander anwenden können. Dem ist nicht so. Denn ein konkreter Tatbestand kann nur eine Rechtsfolge nach sich ziehen. Ein konkreter Tatbestand entsteht durch Konkretisierung (infolge eines äußeren Geschehens) eines abstrakten Tatbestandes. Im Gegensatz hierzu stehen bei der GK die mehreren abstrakten Tatbestände, die nur „prima facie", also nur dem Anschein nach (vgl. Lent, Definition S. 9) passen. An anderer Stelle (S. 87) äußert sich Lent in ähnlicher Weise, indem es dort heißt: „Identität . . . bedeutet nur Einheit, was als M e h r h e i t von Tatbeständen [39]) erscheint, bildet in Wahrheit nur einen."

Aus diesen (Tatbeständen) dürfen also keine konkreten Tatbestände dadurch gebildet werden, daß die Tatumstände, die schon den abstrakten Tatbestand eines Gesetzes erfüllen und damit einen konkreten Tatbestand geschaffen haben, auch zur Bildung der konkreten Tatbestände dieser, nur dem Anschein nach passenden Gesetze herangezogen werden, und mehrere Rechtsfolgen zeitigen. Darin, daß eben nur e i n konkreter Tatbestand mehreren abstrakten Tatbeständen gegenübersteht, die dem äußeren Anschein nach passen, aber in Wirklichkeit nicht zur Bildung von konkreten Tatbeständen aus dem, den einen konkreten Tatbestand bildenden, Tatsachenmaterial herangezogen werden dürfen, auf diesem Gegensatz beruht gerade das Wesen der Gesetzeskonkurrenz. Es muß also ein Umstand be-

39) Gemeint sind nur konkrete Tatbestände.

stehen, der diese Konkretisierung der nur dem Anschein nach passenden Gesetze verbietet. Worin dieser besondere Umstand besteht, wird noch an anderer Stelle erläutert werden.

Hierzu ist noch folgendes zu bemerken: Es wird vereinzelt die Ansicht geäußert, GK läge nach Lent dann vor, wenn auf einen Tatbestand mehrere gesetzliche Bestimmungen passen [40]). Es wird dabei wohl nicht genügend beachtet, daß Lent in seinem Werk (S. 4) nur die von Hellwig (Zivilprozeß I, S. 266) und von Tuhr (I, S. 276) gegebene Definition angeführt hat, um aus dieser zu dem oben angeführten Ergebnis zu gelangen. Die erwähnte Möglichkeit einer unrichtigen Auslegung der von ihm gegebenen Definition würde hier in weit stärkerem Maße bestehen [41]). Daß ein Tatbestand unter mehrere gesetzliche Bestimmungen gebracht werden kann, verleitet überaus leicht zu der falschen Schlußfolgerung, daß ein äußeres Geschehen, welches einen Tatbestand bildet, auch den konkreten Tatbestand mehrerer gesetzlicher Bestimmungen de facto bildet, so daß mehrere Gesetze nebeneinander angewendet werden können. Da eine derartige Schlußfolgerung unrichtig ist, und gerade zum Gegenteil dessen führen würde, was das Wesen der GK ausmacht, ist kaum anzunehmen, daß Lent sich hierin mit dem Urheber dieser Definition identifiziert [42]). Daher ist die von ihm später (S. 8/9) gegebene und anfangs dieses Abschnitts erläuterte Begriffsbestimmung in der dort gegebenen Auslegung allein als die endgültige, von ihm herrührende Definition anzusehen.

Was nun den erwähnten Umstand anbelangt, der zur Bildung eines konkreten Tatbestandes führt, und so einen einheit-

---

40) Vgl. Klatzko, Diss. § 2 S. 6.

41) Dietz, § 2 S. 16. Nach ihm sieht Lent GK schon immer dann als gegeben an, wenn auf einen konkreten Tatbestand mehrere Gesetze passen, ohne Rücksicht darauf, ob die eine Bestimmung verdrängt wird oder beide rechtlich bedeutungsvoll sind.

42) Lent sieht diese Gefahr auch. Er nennt die Behauptung, GK läge vor, wenn mehrere Gesetze auf einen konkreten Tatbestand passen, zunächst einen Widerspruch (S. 9, § 2). Er sagt, daß, wenn man aus dem Tatsachenmaterial, das sich bietet, nach mehreren abstrakten Tatbeständen eine Auswahl treffen kann (wenn also mehrere Gesetze passen), man eben so viel konkrete wie abstrakte Tatbestände erhalten muß (S. 9). Lent meint, daß man infolge eines bestimmten Umstandes unter den konkreten Tatbeständen eine derartige Wahl vornehmen kann, daß nur einer unter (teilweiser oder vollständiger) Ausscheidung der übrigen zurückbleibt. Lent gibt damit zu — er sagt das ja auch in seiner Definition: prima facie —, daß die mehreren Gesetze nur dem Anschein nach passen, die konkreten Tatbestände nur dem Anschein nach gebildet werden. In Wahrheit werden sie eben ausgeschieden. (Letzten Endes dürfen sie damit doch nicht gebildet werden.) Also erst nach Ausscheidung dieser, nur dem Anschein nach vorliegenden Tatbestände, liegt GK vor.

lichen konkreten Tatbestand schafft, so wird dieser Umstand von Lent mit dem von ihm geprägten Ausdruck „Individualisierungsmoment (IM)" gekennzeichnet (S. 11/12). IM ist also der Umstand, das Moment, welches die Individualisierung, die Bildung eines einzelnen, konkreten Tatbestands bei mehreren anscheinend passenden Gesetzen erfordert. Dieses IM ist nun je nach dem Rechtsgebiet, innerhalb dessen eine Gesetzeskollision auftritt, verschieden. Im Strafrecht z. B. sind die IM Handlung und angegriffenes Rechtsgut. Liegen also diese Momente bei den betreffenden, anscheinend konkretisierten Tatbeständen nur einmal vor, so darf somit nur eine Rechtsfolge eintreten. Im bürgerlichen Recht, in dem nach Lent der Begriff der GK dieselbe Geltung wie im Strafrecht hat, sind natürlich die IM dem Rechtsgebiet entsprechend, innerhalb dessen die Gesetze kollidieren, verschieden. Sie werden für jeden einzelnen Tatbestand besonders festgelegt, so daß man hier nicht mehr von einheitlichen, für alle Fälle geltenden Grundsätzen sprechen kann. Daher hat Lent keine unfehlbaren Regeln aufgestellt, nach denen für jeden betreffenden Fall des Zusammentreffens die IM gefunden werden, um dann mit ihrer Hilfe [43]) die Einheit des Tatbestandes festzustellen. Obgleich eine feste Regel für die Bildung der IM also nicht zu erkennen ist, hat Lent uns doch eine genaue Definition der Individualisierungsmomente gegeben. An Hand dieser wird es leichter, festzustellen, welches die IM für jeden Fall der Konkurrenz im BGB. sind. Unter IM versteht Lent (S. 87) die Tatsachen, deren Verschiedenheit die Abgrenzung der Tatbestände gegeneinander ermöglicht und ihre Verschiedenheit bewirkt, deren Gemeinsamkeit, Identität, die Einheit der Tatbestände zur Folge hat. Durch Prüfung gleichartiger, nach den abstrakten Tatbeständen vorläufig gebildeter, konkreter Tatbestände, soll festgestellt werden, ob es gelingt, die Tatbestände voneinander abzusondern, oder ob sie sich als identisch erweisen. Die Tatsachen, durch deren Verschiedenheit die Abgrenzung bedingt wird, sind also die IM (Lent, S. 86/87, vgl. auch Klatzko über Lent a. a. O. S. 7/8). Das gilt grundsätzlich über die Art der Auffindung der IM im bürgerlichen Recht. Da die Mannigfaltigkeit der Tatbestände dort so groß, und die Gesichtspunkte, unter denen sie aufgestellt werden, so viel sind, daß die IM nicht für alle übereinstimmend gefunden werden können, nimmt Lent die

---

43) Liegen die gleichen IM zwischen mehreren, nur vorläufig gebildeten konkreten Tatbestände vor, so darf nur ein konkreter Tatbestand gebildet werden.

Untersuchung über die IM getrennt für verschiedene Klasser vor [44]).

Damit ist bisher nur von der Notwendigkeit geschrieben worden, wann und ob ein einheitlicher Tatbestand gebildet werden darf und muß, so daß nur eine Rechtsfolge Anwendung findet. Nichts ist aber bis jetzt darüber bekannt, welche konkreten Tatbestände ausgeschieden und welche von den anscheinend passenden abstrakten Tatbeständen allein zur Bildung eines konkreten Tatbestandes herangezogen werden dürfen, so daß nur deren Rechtsfolgen eintreten. Diese Lösung der Konkurrenz wird unter Angliederung an das Strafrecht durch Vergleich der konkreten Tatbestände bei den für jene passenden Arten der GK (S. 192 ff.) gefunden (S. 12, II). Innerhalb dieser Arten oder Formen kommt es zur Lösung der Konkurrenz. Diese Arten werden, nachdem festgestellt ist, daß GK vorliegt, dadurch gefunden, daß zuerst die Deckung der Tatbestände auf ihre Notwendigkeit und Vollständigkeit hin geprüft wird. Falls beides vorhanden ist, handelt es sich um Spezialität, falls nur das zweite vorhanden ist, liegt Konsumtion vor. Beschränkt sich aber die Deckung auf die IM derart, daß jeder Tatbestand seinen, vom anderen nicht berücksichtigten Rest behält, so bleibt die Idealkonkurrenz übrig (Lent, a. a. O. S. 195 IV).

Während nun in den Fällen der Spezialität und der Konsumtion die an den spezielleren oder umfassenderen Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge die der anderen, anscheinend passenden, konkurrierenden Gesetze verdrängt [45]), verhält es sich bei der Idealkonkurrenz anders. Zwar darf auch hier nur ein Tatbestand gebildet werden, da ja die IK eine Art der GK ist. Doch liegt es infolge der Gleichwertigkeit der Tatbestände nicht wie bei der Spezialität und Konsumtion in der Natur der bürgerlich-rechtlichen IK (Lent, S. 194), unter Ausscheidung des zusammentreffenden Gesetzes nur die Rechtsfolgen des einen Gesetzes anzuwenden. Vielmehr kommt es hier infolge von Kombination der Rechtsfolgen doch zu einer, aber nur teilweisen Anwendung mehrerer Gesetze. Dem Einwand, daß es sich in diesem Falle dann doch nicht um eine Tatbestandseinheit mit einheitlicher Rechtsfolge handeln würde, begegnet Lent damit, daß er die Kombination der Rechtsfolgen nicht als ein bloßes Nebeneinander derselben — nur ein solches scheint er als Mehrheit von Gesetzen im Gegensatz zur Gesetzeseinheit bei der Gesetzeskonkurrenz aufzufassen — auffaßt, so z. B. im Falle der Gleichheit der Anspruchsziele, in welchem er die Wahl unter denselben zu-

44) Z. B. Ansprüche aus dinglichen Rechten, Familienrecht, Erbrecht, unerlaubten Handlungen u. a. m.; vgl. Lent, S. 92 ff. §§ ff.

45) Vgl. Lent, S. 15 u. S. 37 (Konsumtion)

läßt. In den übrigen Fällen — besonders bei widersprechenden Rechtsfolgen — läßt er eine freie Behandlung zu, indem er auf dem Wege einer sorgfältigen Abwägung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen den praktischen Bedürfnissen im weiten Maße Rechnung trägt (S. 195).

Hierbei ist die Grenze der Gesetzeskonkurrenz erreicht und der Übergang zu dem anderen von Lent ebenfalls klargelegten Begriff der Anspruchskonkurrenz gefunden. Diese Form wird meistens der GK gegenübergestellt, da bei der Anspruchskonkurrenz im Gegensatz zur GK mehrere Gesetze mit ihren Rechtsfolgen selbständig nebeneinander Anwendung finden. Unter Anspruchskonkurrenz versteht Lent (S. 72) — und auch die heutige Auffassung — die Mehrheit von Ansprüchen, die auf ein Ziel, auf dieselbe Leistung sich richten und deshalb mit Befriedigung des einen alle erlöschen müssen. Unter Zugrundelegung dieser Definition ist allerdings der Gegensatz zur Gesetzeskonkurrenz mehr dialektisch aufzufassen, da die AK die Folge einer Mehrheit konkreter Tatbestände ist, während die GK nicht die Folge der Tatbestandseinheit, sondern nur eine Erscheinung derselben ist (S. 73). Entscheidend ist für Lent nicht die Mehrheit der Ansprüche bei der AK, die Einheit des Anspruchs bei der GK — also nicht Einheit und Mehrheit der Rechtsfolgen —, sondern die Mehrheit oder Einheit der Tatbestände (S. 73). Das wird besonders bei dem oben über die IK Dargelegten erkennbar; wären die Folgen der Tatbestandseinheit (bei der GK) im Gegensatz zur Tatbestandsmehrheit (bei der AK) immer notwendigerweise Rechtsfolgeneinheit, könnte die IK nicht zu den Arten der GK gezählt werden, da hier ja auch andere Rechtsfolgen, wenn auch nicht nebeneinander, entstehen. Daraus wird ersichtlich, daß Lent bei dem Gegensatz zwischen Anspruchs- und Gesetzeskonkurrenz — wie auch bei der GK überhaupt — das Hauptgewicht seiner Untersuchungen nur auf die Tatbestandseinheit bzw. Mehrheit legt.

§ 8. III c.

Schmidt.

Nach Lent ist unter den Schriftstellern über die Gesetzeskonkurrenz nur noch Schmidt [46]) als derjenige zu nennen, der sich in einer längeren, eingehenden und umfassenden Untersuchung dem Problem der bürgerlich-rechtlichen GK zugewandt hat und sich mit seinem Werke von den übrigen, im allgemeinen auf einzelne Fälle abgestellten Darstellungen unterscheidet.

46) Dr. R. Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915.

Er knüpft seine Untersuchungen an Lent an, dessen Theorie er für die Fälle der Spezialität und Konsumtion für seine Lehre insofern als bedeutungsvoll erachtet, als nach ihr das eine Gesetz durch das andere verdrängt wird (a. a. O. S. 4 II). Dagegen lehnt er die Unterscheidung nach den Individualisierungsmerkmalen ab, weil Lent in dem dritten Fall der IM, im Fall der IK beide Gesetze für anwendbar hält, so daß keines das andere verdrängt, während das gleiche auch im Falle der Verschiedenheit der IM Geltung hat. Hiergegen sei zu bemerken, daß Lent die bei der IK als Kombination (Lent, S. 194) bezeichnete Rechtsfolge ausdrücklich nicht als ein bloßes Nebeneinander der Rechtsfolgen auffaßt und gerade darauf hinweist, daß durch die Wahl unter den Ansprüchen doch ein merkbarer Unterschied zur Mehrheit der Tatbestände und Ansprüche (AK) besteht.

Weiter kritisiert Schmidt (S. 6) an Lent, daß dieser aus der Einheit des Tatbestandes auf die Einheit des Anspruchs schließt. Er weist dabei darauf hin, daß Lent sich hierin selber widerspräche, indem er (Lent, S. 73) erkannt habe, daß in manchen Fällen, wie z. B. bei der Mangelhaftigkeit der Kaufsache bei einheitlichem Tatbestand, mindestens 2 Ansprüche, nämlich der auf Wandlung und der auf Minderung, gegebenenfalls auch noch der auf Schadensersatz entständen. Hiergegen könnte man einwenden, daß diese beiden Ansprüche nur kraft besonderer gesetzlicher Anordnung dem Kläger wahlweise zustehen, daß es sich — hält man an der Gegenüberstellung Einheit des Tatbestandes und Einheit des Anspruchs (Rechtsfolge) fest —, in diesem Falle höchstens um eine Sonderregelung, um eine Ausnahme von der Regel: Einheit des Tatbestandes bedingt Einheit des Anspruchs, handeln kann. Der hier von Schmidt zitierte Fall kann m. E. nicht ausreichen, die Erkenntnis Lents von der grundsätzlichen Einheit des Tatbestandes und des Anspruchs als unrichtig erscheinen zu lassen. Es würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, noch weiter im einzelnen auf die Kritik Schmidts an Lent (sowie auch an Hellwig, Schmidt, a. a. O. S. 7 ff.) einzugehen [47]). Aufgabe dieses Abschnitts soll es sein, nur auf die bekanntesten Definitionen und Lehrmeinungen von der GK hinzuweisen und dabei zu versuchen, einen festen Ausgangspunkt für die Untersuchung der hier interessierenden Fragen zu finden.

Um nun auf das Wesen der Lehre Schmidts einzugehen, so besteht dieses in einer Aufspaltung der Möglichkeiten der Rechtsfolge und der Arten des Zusammentreffens von Gesetzestatbeständen. Die Möglichkeiten dieser beiden Gruppen kombiniert er dann miteinander und gewinnt aus dem Vergleich der Rechts-

47) Vgl. auch Anm. 76 § 12 III 9 unten (dieser Arbeit).

folgen, aus der Fassung des Sinnes, des Wortlauts und Sinnes der betreffenden Gesetze das Ergebnis, das die Lösung der Konkurrenz darstellt. Er stellt hierbei gewisse Grundsätze über die Art, wie hierbei vorzugehen ist, um von dem Sinn und Zweck der Gesetze zu einer Lösung der Konkurrenzfrage zu gelangen. Im großen und ganzen aber ist sein Vorgehen mehr kasuistisch als dogmatisch und an feste Richtlinien gebunden. Hierbei ist das Fehlen einer eindeutigen Bestimmung dessen, was das Wesen der GK ist, zu bemerken. Auch betrachtet er die GK nicht im Vergleich zur AK. Er scheint diese beiden Konkurrenzerscheinungen nicht als Unterbegriffe der bürgerlich-rechtlichen Konkurrenz aufzufassen, sondern das, was eingangs dieser Abhandlung (S. 1 § 1, I a) schlechthin als (ungelöste) Konkurrenz bezeichnet wurde, als GK behandeln zu wollen. Es fallen also darunter sowohl die von Hellwig und Lent in das BGB. eingeführten Begriffe der Gesetzes- als auch der Anspruchskonkurrenz. Die Fälle der Gesetzes- und Anspruchskonkurrenz, so wie sie von Hellwig und Lent definiert sind, finden sich bei ihm unter den von ihm aufgestellten Rechtsfolgemöglichkeiten. Gegenüber Lent unterscheidet er sich besonders auch dadurch, daß er der Einheit des Tatbestandes keine ausschlaggebende Bedeutung beimißt. Im einzelnen geht er folgendermaßen vor: Er unterscheidet die Konkurrenz einmal nach den Möglichkeiten des Zusammentreffens (S. 24 § 3, II) nur solcher Gesetze, deren Anwendung auf ein und demselben Vorgang in Frage steht. Hierbei versteht Schmidt unter Einheit Einheit im Sinne der Lebensanschauung (S. 2). Man erkennt hieraus, daß Schmidt im Gegensatz zu Lent — wie schon oben angedeutet — keinen Wert auf einen eindeutig festgelegten Begriff der Tatbestandseinheit legt, daß seine Untersuchungen sich weniger grundsätzlich und allgemein als kasuistisch gestalten werden. Sodann unterscheidet er unter den Möglichkeiten der Rechtsfolgen, die sich aus einem Zusammentreffen von Gesetzen auf ein und denselben Lebensvorgang ergeben. Bei beiden Unterscheidungen nimmt er eine Dreiteilung vor. Und zwar findet er bei den Möglichkeiten des Zusammentreffens von Tatbeständen

a) völlige Tatbestandsidentität (S. 23 § 4 und S. 24, II, 1).

b) Spezialität (S. 28 § 5 und S. 24 II, 2).

c) Idealkonkurrenz (S. 71 § 9; S. 24 II, 3).

Unter den Fällen der sich schneidenden Tatbestände (Idealkonkurrenz) unterscheidet Schmidt noch einmal

1. Nach den Zwecken die Fälle, in denen die Zwecke der konkurrierenden Vorschriften sich weder ganz noch teilweise decken (S. 71 § 19).
2. Die Fälle, in denen eine mehr oder minder große Dek-

kung der Zwecke der konkurrierenden Gesetze stattfindet (S. 76 § 11).

Hinsichtlich der Möglichkeiten der Rechtsfolgen unterscheidet er sodann

a) Exklusivität (S. 24 § 3, I).

b) Alternativität (a. a. O. § 3 I, 1).

c) Kumulation (a. a. O. § 3 I, 2).

Unter völliger Tatbestandsidentiät versteht Schmidt den Fall, daß die Tatbestände der mehreren in Frage kommenden Regeln völlig identisch sind (Tatbestand von lex a und lex b identisch). Unter Spezialität versteht er den Fall, daß die lex a die Tatbestandsmerkmale X, die lex b die Tatbestandsmerkmale X + Y umfaßt. Der Tatbestand der lex b umfaßt also die Tatbestandsmerkmale der lex a und fügt diesen noch einige andere hinzu Ist der Tatbestand der lex b gegeben, so muß hiernach auch der Tatbestand der lex a vorliegen. Die lex b ist dann Spezialgesetz gegenüber der lex a.

Unter IK versteht Schmidt folgende Fälle: Der Tatbestand der lex a umfaßt die Tatsachen X + Y, der Tatbestand der lex b umfaßt die Tatsachen X + Z. Da also beide Tatbestände ein Tatbestandsmerkmal (X) gemeinsam haben, aber in den übrigen (Y + Z) verschieden sind, so decken sie sich nicht vollständig, stehen aber auch nicht im Verhältnis der Spezialität zueinander; denn jeder Tatbestand hat ein Stück, in dem er sich von dem anderen unterscheidet. Es müssen also im konkreten Falle die Tatbestandsstücke XYZ vorliegen, von denen sich dann X und Y unter die lex a, X und Z unter die lex b subsumieren lassen.

Unter Exklusivität versteht Schmidt den Fall, daß die Rechtsfolge der lex a nicht Platz greift, wenn die lex b zur Anwendung gelangt. Die lex b hat in diesem Falle die exklusive, die Rechtsfolge a verdrängende Bedeutung.

Unter Alternativität ist der Fall zu verstehen, daß der Berechtigte zwischen den beiden Rechtsfolgen derart wählen kann, daß, wenn die Rechtsfolge b durchgesetzt worden ist, die Rechtsfolge a nicht mehr zur Wirkung kommen kann. Hiervon bildet Schmidt noch den Unterfall der elektiven Konkurrenz, der darin besteht, daß trotz Befriedigung des Anspruchs b der Berechtigte trotzdem noch insoweit Befriedigung des Anspruchs a verlangen kann, als dieser in seiner Wirkung über den Anspruch b hinausgeht.

Unter Kumulation ist der Fall zu verstehen, daß der Berechtigte die Rechtsfolgen selbständig nebeneinander verwirklichen kann, ohne daß der Verwirklichung der Rechtsfolge b die bereits erfolgte Durchsetzung der Rechtsfolge a im Wege steht.

Diese zwei Gruppen von Rechtsfolge- und Tatbestandsmöglichkeiten kombiniert Schmidt nun miteinander und kommt hierbei zu folgenden Ergebnissen:

Im Falle der Tatbestandsidentität müssen die Rechtsfolgen verschieden sein, andernfalls das zweite Gesetz nur eine Wiederholung des ersten darstellen würde. Daraus ergibt sich, daß die eine Rechtsfolge (b) die andere (a) nicht verdrängen kann. Sonst wäre die Rechtsfolge a überhaupt unanwendbar, wenn sie in den Fällen des Tatbestandes b — der ja völlig der gleiche wie a ist — ausgeschlossen sein sollte. Mithin scheidet die Möglichkeit der Exklusivität hier aus. Von den beiden übrigen Möglichkeiten bleibt Kumulation dann übrig, wenn die Gesetzeszwecke völlig voneinander verschieden sind. Sind die Zwecke dieselben, so ist Kumulation ausgeschlossen und es bleibt Alternativität übrig.

Im Falle der Spezialität können alle drei oben erwähnten Rechtsfolgemöglichkeiten eintreten. Im Falle, daß die Rechtsfolge der lex generalis über die der lex specialis hinausgeht und in keiner Weise hinter ihr zurückbleibt, kommt nur Exklusivität oder Kumulation zur Anwendung. Welche von diesen Möglichkeiten dann eintreten soll, ergibt sich aus der Fassung und dem Wortlaut oder aus den Zwecken des Gesetzes. Im Falle, daß die Rechtsfolge der lex spezialis über die der lex generalis hinausgeht, kommen bezüglich der Anwendung der lex specialis nur die Möglichkeiten der Kumulation und Exklusivität in Betracht. Welche von beiden eintreten soll, ist unter Berücksichtigung des Zwecks der lex specialis zu ermitteln (S. 39).

Das gleiche gilt entsprechend für den Fall, daß die Rechtsfolgen der lex specialis die gleichen sind, wie die der lex generalis.

Im Falle, daß die Rechtsfolge der lex specialis in einiger Beziehung über die der lex generalis hinausgeht, an anderer Beziehung hinter dieser zurückbleibt, sowie im Falle daß die beiden Rechtsfolgen inhaltlich völlig verschieden sind, kommen alle drei Rechtsfolgemöglichkeiten in Betracht. Von diesen kommt Kumulation in Betracht, wenn diese im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist. Sie kommt nicht in Betracht, wenn die generelle Rechtsfolge in einem obligatorischen Anspruch besteht und wenn die Erfüllung dieses Anspruchs einen Zustand erzeugt, der mit einem Tatbestandsmerkmal der lex specialis unvereinbar ist [48]). Liegt die Kumulation nicht vor, so bleiben Exklusivität und Alternativität übrig. Darüber, wann die eine oder die andere dieser zwei Möglichkeiten Anwendung findet, stellt Schmidt keine Regeln auf, sondern unterscheidet diese nach der Art des einzelnen Konkurrenzfalles (S. 47).

---

48) Schmidt S. 42 gibt das Beispiel des § 463 zu § 459 BGB.

Im ersten Fall der IK[49]), in dem die Zwecke sich weder ganz noch teilweise decken, tritt Kumulation der Rechtsfolgen ein, während im Falle der mehr oder minder großen Deckung der Gesetzeszwecke Kumulation ausgeschlossen ist. Es bleiben also die Möglichkeiten der Exklusion und Alternativität übrig (S. 81). Hierbei spricht die Vermutung für die Anwendung der Alternativität. Es liegen aber auch Gründe vor, die gegen die Alternativität und für die Exklusivität sprechen (S. 82 ff.). Allein, zu ermitteln, wann diese vorliegen, ist Angelegenheit sorgfältiger Prüfung des einzelnen Falles, und kann nicht durch Aufstellung fester Grundsätze geschehen (S. 84). Demnach muß in jedem Falle eine derartige Prüfung immer eine Untersuchung darüber enthalten, ob die Beschränkungen des einen Gesetzes durch die Anwendung des anderen nutzlos werden.

Aus den vorstehenden Ausführungen wird ersichtlich, daß — wie schon zu Anfang dieses Abschnitts bemerkt wurde — Schmidt seine Lehre nicht wie Lent mittels der Einheit des Tatbestandes — auf allgemein geltende Begriffe begründet, an Hand derer an die Lösung der Frage für jeden einzelnen Fall heranzugehen ist. Vielmehr entscheidet bei Schmidt innerhalb der beiden Gruppen von Tatbestands- und Rechtsfolgemöglichkeiten die Art, der Zweck sowie der Wortlaut und die Fassung des Gesetzes und dessen Rechtsfolgen im einzelnen konkreten Falle. Nur darüber, nach welchen Richtlinien diese Prüfung innerhalb der von ihm kombinierten Möglichkeiten zu erfolgen hat, stellt Schmidt Regeln auf. Die Mängel seiner Untersuchung liegen in dem völligen Fehlen eines Begriffs oder einer Andeutung von dem Wesen der GK. Zumindestens wäre eine Stellungnahme zu den bisher von Lent und Hellwig eingeführten Begriffen der Gesetzes- und Anspruchskonkurrenz zu begrüßen gewesen. Das völlige Fehlen dieser Begriffe oder wenigstens eines Hinweises darauf, läßt daher in den von ihm kombinierten Möglichkeiten eine gewisse Unklarheit entstehen, die es nicht möglich macht, in seiner Lehre eine bedeutende Verbesserung der bisherigen Lehren von der GK zu erkennen. Dennoch enthält seine Lehre für die Lösung der Konkurrenz sehr viel wertvolle Erkenntnisse; so vor allem die Erkenntnis der Notwendigkeit der besonderen Berücksichtigung des Zwecks und der Eigenart der zusammentreffenden Tatbestände und Rechtsfolgen. Auch ist die Idee der Kombination von Rechtsfolge- und Tatbestandsmöglichkeiten ein zur Lösung der Konkurrenz im Einzelfalle keineswegs als unbrauchbar zu verwerfendes Hilfsmittel.

---

49) Vgl. Schmidt, S. 71 § 10.

§ 9. III d.

Oertmann.

Als nächster hat sich Oertmann in einem längeren Aufsatz[50]) mit dem Problem der GK befaßt. Er hat in seiner Untersuchung eine Zweiteilung vorgenommen, indem er im ersten Teil unter „Begriff" darlegt, was unter GK zu verstehen ist und wann sie vorliegt. Im zweiten Teil widmet er sich der rechtlichen Behandlung der GK.

I. Teil.

In Anlehnung an Lent versteht Oertmann unter GK den Fall, „daß ein und derselbe Tatbestand unter verschiedene Gesetze fällt, genauer den darin verwendeten abstrakten Tatbeständen entspricht". Auch Oertmann scheint hier zu übersehen[51]), daß Lent betont, daß ein und derselbe Tatbestand nur prima facie — also auf den ersten Anschein hin — paßt, daß dann aber nach eingehender Untersuchung eben nur ein Gesetz paßt, da ein konkreter Tatbestand plus Rechtsfolge nur durch Subsumierung aller Tatsachen und Tatsachenumstände des sich darbietenden Tatsachenmaterials unter die abstrakten Tatbestandsmerkmale eines Gesetzes gebildet werden kann. Wenn die mehreren Gesetze wirklich passen würden, so müßten letzten Endes auch mehrere konkrete Tatbestände bestehen. Oertmanns Definition würde sich mit der von Lent gefundenen nur decken, wenn er unter Tatbestand das gleiche verstehen würde wie Lent (S. 5), nämlich die Zusammenfassung konkreter Tatsachen entsprechend den begrifflichen Momenten der abstrakten Tatbestände, und wenn er dann darauf hinweisen würde, daß diese mehreren Gesetze nur zunächst „prima facie" passen würden, und letzten Endes, da nur ein konkreter Tatbestand vorliegt, auch nur ein dazu passendes Gesetz bestehen würde. Dagegen bezeichnet Oertmann als konkreten Tatbestand zunächst nur ein wirkliches Geschehen (S. 876 b). Dann aber fügt er hinzu (S. 877 c), daß unter konkreten Tatbeständen, deren Identität zum Eintritt einer GK erforderlich ist, nicht nur ein sinnfälliges Geschehen zu verstehen ist, sondern daß in diesem äußeren Geschehen auch die normativen Tatbestandsmerkmale enthalten sein müssen. Unter normativen Tatbestandsmerkmalen versteht er solche Tatbestandsmerkmale, die ihrerseits der Welt des Rechts selbst, „des Sollens" angehören; z. B. die Fremdheit der zerstörten Sache, die Widerrechtlichkeit des Eingriffs (§ 823 BGB.) und andere mehr (a. a. O. S. 877 c).

50) Oertmann im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, S. 876 ff.

51) Es gilt das bei Lent (oben § 7 III b) hierüber bezüglich der dort angeführten anderen Schriftsteller Dargelegte.

Oertmann scheint also hier nur bestimmte, wesentliche und dem Gebiet des Rechts angehörende Begriffe des abstrakten Tatbestandes herauszugreifen. Durch deren Konkretisierung enthält das in Betracht kommende äußere Geschehen die normativen Tatbestandsmerkmale, deren es zur Entstehung eines konkreten Tatbestandes im Sinne der Identität bei der GK bedarf. Sind nun diese normativen Merkmale verschieden, — darunter ist wohl zu verstehen: stellen diese im konkreten Tatbestand nicht die Konkretisierung der in den mehreren, anscheinend passenden gesetzlichen Tatbeständen vorhandenen normativen Merkmale dar, — so wird hierdurch die Identität des konkreten Tatbestands ausgeschlossen. Sind die normativen Merkmale dieselben, so ist immer Identität des konkreten Tatbestandes gegeben. Das gilt für die Fälle, in denen trotz objektiver Identität des Tatbestands (objektiver Gemeinsamkeit der normativen Merkmale) mehrere Erfolge eintreten und dadurch mehrere Rechtsgüter verletzt werden (S. 78), so z. B., wenn der Untermieter schuldhaft eine Scheibe in der Wohnung des Untervermieters zerschlägt, sodaß trotz Einheit des konkreten Tatbestands — infolge Gemeinsamkeit der normativen Merkmale aus den Vertrags- und Eigentumsbestimmungen im äußeren Geschehen — das Vertragsinteresse des Untervermieters und das Eigentum des Obervermieters verletzt werden. Oder wenn z. B. durch dieselbe Handlung — durch einen Schuß — die Gesundheit oder das Leben und der hierdurch mitbeschädigte Anzug verletzt werden. Auch hier würde Identität des konkreten Tatbestandes gegeben sein und trotzdem keine GK vorliegen, da verschiedene Rechtsgüter verletzt worden sind. Um auch diese und ähnliche Fälle auszuschalten, hält Oertmann es für notwendig, zwecks Individualisierung des Tatbestandes im Sinne der GK das Vorliegen der Identität des dadurch betroffenen Interesses als weiteres Erfordernis aufzustellen (S. 878). Mit Hilfe einer gründlichen, eingehenden Untersuchung über das Vorliegen von Interessenidentität bzw. Verschiedenheit versucht Oertmann die endgültige Lösung schwieriger Konkurrenzfälle herbeizuführen.

II. Teil.

Im II. Teil (S. 879, 2) seines Aufsatzes behandelt Oertmann dann die rechtliche Beurteilung, die sich an das Vorliegen der GK knüpft. Grundsätzlich erkennt Oertmann für alle Fälle der GK nur eine einheitliche Rechtsfolge an. Diese einheitliche Rechtsfolge kann in zweierlei Form auftreten: 1. in der Anwendung nur eines der konkurrierenden Gesetze, welches die übrigen Gesetze ausschließt. 2. in der gemeinsamen Anwendung der konkur-

rierenden Gesetze, indem diese entweder alternativ oder elektiv zur Anwendung kommen. Oertmann weist darauf hin, daß sich durch diese einheitliche Rechtsfolge die GK von den Fällen der Tatbestandsmehrheit unterscheidet, bei denen sich aus der Mehrheit des Tatbestandes auch eine Mehrheit der Rechtsfolgen ergibt. Diese kann sowohl in einer Mehrheit von Ansprüchen als auch in einer Mehrheit von Gestaltungsrechten oder aber auch in einer Mehrheit von Gestaltungs- und Anspruchsrechten bestehen. Da Oertmann (S. 880) auf Lent, (S. 72/73) verweist, so ist auch anzunehmen, daß er unter Mehrheit von Ansprüchen Anspruchsmehrheit im Sinne Lents (a. a. O. S. 72) versteht. Dennoch unterscheidet er sich von Lent gerade darin, daß Lent eben nicht die Einheit oder Mehrheit der Rechtsfolgen, sondern die Einheit oder Mehrheit der Tatbestände als das Entscheidende ansieht. Außerdem scheint Oertmann noch in anderer Hinsicht von Lent abzuweichen. Bei Lent müssen in den Fällen der Anspruchskonkurrenz mit Befriedigung des einen auch die übrigen Ansprüche erlöschen, da nur Ansprüche in Betracht kommen, die sich auf ein Ziel, auf dieselbe Leistung richten. Dadurch, daß Oertmann es bei der Mehrheit der Ansprüche von der Identität des Interesses abhängig macht, ob ein Erlöschen aller übrigen Ansprüche mit Befriedigung des einen eintritt — und damit unter Anspruchsmehrheit noch die Fälle der Interessenverschiedenheit einbezieht, in denen ein derartiges Erlöschen des einen mit Befriedigung des anderen Anspruchs nicht Platz greift — faßt Oertmann den Begriff der Mehrheit der Ansprüche weiter als Lent.

Nach den Formen teilt Oertmann die Konkurrenz in drei Gruppen ein. Die erste Gruppe ist die der Spezialität, die zweite die der Subsidiarität. Die dritte Gruppe umfaßt dann alle die Fälle von GK, die sich nicht in die beiden anderen Gruppen einordnen lassen.

Spezialität liegt vor, „wenn das Anwendungsgebiet der einen Vorschrift das der anderen vollständig erfüllt, d. h. alle Anwendungsfälle der einen (speziellen) notwendig auch solche der anderen (allgemeinen) sind, während diese andere aber daneben noch andere Anwendungsfälle aufweist (so Oertmann S. 880 II a)".

Bei der Subsidiarität handelt es sich im Gegensatz zu der Spezialität vielfach um im Sinne formaler Logik „gleichgeordnete Vorschriften, die einen Teil ihres Anwendungsgebietes, aber nicht das ganze gemeinsam haben (S 881, 2 b)". Welche der Vorschriften gegenüber der anderen subsidiär ist, ist erst nach eingehender Zweckbetrachtung zu entscheiden, falls ein Vorliegen von Subsidiarität nicht kraft besonderer Vorschrift ausdrücklich erklärt ist.

Im übrigen spricht sich Oertmann dafür aus, daß in den

sehr häufigen Zweifelsfällen die Vermutung eher gegen als für die Subsidiarität spricht (S. 882). Eine gründliche Betrachtung der rechtspolitischen Gesichtspunkte der konkurrierenden Vorschriften ist hier besonders nötig und entscheidend. Die Rechtsfolgen bei der GK können in zweierlei Arten auftreten. In den Fällen der Spezialität und Subsidiarität wird das allgemeine bzw. das subsidiäre Gesetz von dem speziellen oder primären Gesetz zurückgedrängt.

In den übrigen, außerhalb von Spezialität und Subsidiarität liegenden Fällen findet eine alternative oder elektive [52]) Anwendung der konkurrierenden Vorschriften statt.

Was bei der Oertmann als Fortschritt erscheint, ist, daß er den Hauptwert mehr auf die Einheit (bei der GK) und die Mehrheit (bei der AK) der Rechtsfolgen legt, trotzdem aber die Einheit des Tatbestandes nicht als belanglos betrachtet. Zu bedauern ist, daß er unter konkretem Tatbestand etwas anderes versteht als Lent und damit eine Unsicherheit bezüglich der Begriffe herbeiführt. Auch umreißt er den Begriff normative Tatbestandsmerkmale nicht näher. Es muß daher angenommen werden, daß er hierunter Tatbestandsmerkmale wertenden Charakters (im Sinne der Strafrechtslehre) versteht, also Merkmale, „die spezifisch normativen Charakters sind und zu ihrer Feststellung eine wertende Tätigkeit des Richters erfordern [53])". Dies ist bei juristischen und auch bei solchen Begriffen der Fall, „wo auf kulturelle Wertungen verwiesen wird". Hier hat sich der Richter „an feststehende, objektive oder kulturelle Werte zu halten" (Liszt-Schmidt, a. a. O.). Es ist aber m. E. nicht als Fortschritt anzusehen, mit Hilfe dieses Begriffes zu einer neuen Form der Tatbestandseinheit zu gelangen. Das wird aus folgendem ersichtlich: Passen mehrere Gesetze auf einen äußeren Vorgang — wenigstens vorläufig, dem ersten Anschein nach — so kann das nur bedeuten, daß durch diesen die abstrakten Tatbestände der betreffenden Gesetze vollständig erfüllt worden sind; damit müssen notwendigerweise auch deren normative Elemente konkretisiert worden sein. Ist das nicht der Fall, sind nur die normativen Elemente eines abstrakten Tatbestandes erfüllt, so können die übrigen Gesetze auch nicht einmal dem ersten Anschein nach passen, da ja dann deren Tatbestandsmerkmale nicht einmal alle durch einen konkreten Vorgang erfüllt sind. Dann entsteht überhaupt kein Problem aus dem Zusammentreffen mehrere Gesetze. Einheit des Geschehens infolge Identität der normativen Merkmale liegt also immer vor, wenn es sich um Konkurrenz handelt. Das

52) Vgl. Schmidt, a. a. O. S. 23 § 3 I, 1.
53) Hierüber Liszt-Schmidt, S. 183.

kann also sowohl bei GK als auch bei AK der Fall sein. Oertmann wendet dagegen ein, daß sich die Untersuchung auch auf die Tatbestände erstrecken müsse. In den abstrakten Tatbeständen eine Einheit der normativen Merkmale zu finden, liegt aber nicht mehr im Bereich der Konkurrenz. Das Wesen dieser ist doch gerade, daß, wenigstens vorläufig, in den abstrakten Tatbeständen keine Einheit, sondern eine Mehrheit vorliegt. Dann ergibt sich ja erst das Problem der Konkurrenz. Als weiteres Argument gegen die oben geäußerten Bedenken führt Oertmann an, daß noch die Identität des Interesses hinzutreten muß, um zu einer Einheit des konkreten Tatbestandes zu führen. Als Beispiel hierfür diente der Fall, daß ein Untermieter die Fensterscheibe seiner Mietwohnung schuldhaft zerstörte, sodaß durch ein Geschehen mehrere Gesetze verletzt — Vertragsverletzung gegen den Untervermieter B., Eigentumsverletzung gegen Obervermieter C. — worden sind und trotz konkreter Tatbestandseinheit Anspruchsmehrheit (Anspruch gegen B. und C.) besteht. Hier dient — wie schon oben dargelegt — die Identität des Interesses als letztes Merkmal, um eine endgültige Entscheidung herbeizuführen. Bis dahin können also sowohl Fälle von GK als auch von AK vorliegen. Nun könnte man aus obigen Feststellungen folgern, daß, wenn Interessenidentität vorliegt, niemals Anspruchsmehrheit gegeben sein kann, da ja konkrete Tatbestandsidentität infolge Interessenidentität vorliegt. Wie ist es dann aber möglich, daß Oertmann [54]) bei der Anspruchsmehrheit, welche also Tatbestandsmehrheit und damit Interessenverschiedenheit zur Voraussetzung hat, plötzlich die Identität des Interesses bzw. die Befriedigung dieses Interesses noch einmal als Kriterium zum Unterschied zwischen den Arten von Anspruchsmehrheit erhebt? Damit erkennt er an, daß bei der Anspruchsmehrheit auch ein identisches Interesse bestehen kann, dessen Befriedigung dann die konkurrierenden Ansprüche zum Erlöschen bringt. Das muß zu der Schlußfolgerung führen — da Oertmann ein identisches Interesse bei der Anspruchsmehrheit für möglich hält —, daß trotz identischen Interesses konkrete Tatbestandsmehrheit vorliegen kann. Damit würde sich aber seine Methode, auf dem Wege über die normativen Tatbestandsmerkmale — deren Identität, wie oben erwähnt, auch bei konkreter Tatbestandsmehrheit gegeben ist — und das identische Interesse eine konkrete Tatbestandseinheit und damit Gesetzeskonkurrenz festzustellen, als hinfällig erweisen [55]).

54) Auf S. 880 oben.

55) Oder soll Oertmann hier so verstanden werden, daß dieses zu befriegende identische Interesse zwischen den beiden Ansprüchen ein anderes sein soll, als die zu schützenden, verschiedenen betroffenen Interessen, die ver-

Es scheint sich also hier entweder um Widersprüche zu handeln, die Oertmann übersehen hat oder aber es handelt sich hier um Unklarheiten, die Oertmann im Rahmen seines Aufsatzes nicht mittels eingehender Darstellung seiner Lehre hat beseitigen können. Dennoch sind seine übrigen Ausführungen, besonders die Methode der Zweckbetrachtung und die Betonung der Bedeutung der Rechtsfolgen als wertvoller Beitrag zur Lehre von der Gesetzes- und Anspruchskonkurrenz zu betrachten.

§ 10. III e.

Klatzko.

In neuerer Zeit haben Klatzko [56]) und Dietz [57]) Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen AK gebracht. Klatzko definiert die GK zweimal. Im weiteren Sinne bezeichnet er als GK den Fall, daß sich auf denselben konkreten Sachverhalt mehrere Gesetze beziehen und ihre Anwendbarkeit in Frage zu stellen ist, und zwar unabhängig davon, ob ihre sämtlichen Tatbestandsmerkmale durch den konkreten Sachverhalt erfüllt werden oder nicht (S. 35).

Im engeren Sinne bezeichnet er als Gesetzeskonkurrenz diejenigen Konkurrenzfälle, bei denen das eine Gesetz zum Ausscheiden zu bringen ist (S. 38).

Er faßt damit den Begriff durch Begrenzung auf eine bestimmte Rechtsfolge enger als seine Vorgänger und scheint also nur die Fälle, die Schmidt (S. 23) unter dem Begriff Exklusion und Alternativität zusammengefaßt hat, zur Gesetzeskonkurrenz zu rechnen (Klatzko S. 42). Diese Konkurrenzfälle unterteilt er sodann in zwei Gruppen (S. 40/41). Die eine Gruppe bezeichnet er als „die Fälle der tatsächlichen Konkurrenz", die zweite Gruppe enthält „die Fälle der logisch abstrakten Konkurrenz". Die erste Gruppe enthält alle die Fälle, bei denen es ohne beiderseitige Tatbestandsverwirklichung zu einer Konkurrenz von Gesetzen kommt. Innerhalb der ersten Gruppe unterscheidet er sodann erstens die begrifflich notwendige Konkurrenz und zweitens die begrifflich nicht bedingte tatsächliche Konkurrenz. Die erste Gruppe scheidet er sodann wieder a) in Gesetze mit völlig gleichem Tatbestand und b) in Gesetze, von denen das eine dem anderen formal-logisch untergeordnet ist,

schiedene (da ja Anspruchsmehrheit) sein müssen? Es ist wohl doch kaum anzunehmen, daß die betroffenen von den zu befriedigenden Interessen verschieden sind, es sich also um zweierlei Art von Interessen handelt.

56) Königsberger Diss. Konkurrenzform der Ausschließlichkeit, Breslau 1931.

57) Anspruchskonkurrenz bei Vertrag und Delikt, Bonn 1934.

indem sein Tatbestand stets auch zugleich die Tatbestandsmerkmale des zweiten umfaßt, diesem aber noch andere hinzufügt.

Als begrifflich nicht bedingte tatsächliche Konkurrenz bezeichnet er eine Konkurrenz, der ein konkreter Sachverhalt zugrunde liegt, welcher nur dank seiner zufälligen Struktur die Tatbestände beliebiger, völlig selbständig nebeneinander stehender Gesetze umfaßt. Bemerkenswert bei Klatzko und für das Verständnis seiner Ausführungen wichtig ist seine Erkenntnis (S. 36), daß es auch Konkurrenzfälle gibt, bei denen die Frage akut wird, ob ein Gesetz, dessen Tatbestand durch einen konkreten Sachverhalt völlig erfüllt ist, nicht durch ein anderes verdrängt wird, obgleich dieses durch den konkreten Sachverhalt nicht gänzlich erfüllt ist. Dieser Fallgestaltung entspricht die Gruppe der Fälle der logisch-abstrakten Konkurrenz. Soweit es bei diesen zu einem Ausschluß des einen Gesetzes kommt, erhebt Klatzko diesen Vorgang zu dem Begriff der Ausschließlichkeit (S. 42/43) als einer neuen, von ihm gefundenen Konkurrenzform. Er kennt zwei Formen der Ausschließlichkeit. Erstens die „Ausschließlichkeit im engeren Sinne“ oder „bedingte Ausschließlichkeit“ und zweitens die „allgemeine Ausschließlichkeit“.

Die Ausschließlichkeit im engeren Sinne liegt vor, „wenn in einem Konkurrenzfalle der konkrete Sachverhalt zwar nur den Tatbestand eines Gesetzes voll verwirklicht, dieses Gesetz aber trotzdem nicht zur Anwendung zu bringen ist, weil der konkrete Sachverhalt von der anderen konkurrierenden Norm erschöpfend und endgültig geregelt wird, er sich also mit dem Ausschließlichkeitstatbestand der anderen Norm deckt“ (S. 47). Die Ausschließlichkeit im engeren Sinne hängt also davon ab, daß die beiderseitige Tatbestandsverwirklichung nicht eine vollkommene ist, es sich also um den Fall einer logisch abstrakten Konkurrenz handelt. Im Gegensatz hierzu umfaßt die „allgemeine Ausschließlichkeit“ auch die Fälle der tatsächlichen Konkurrenz. Sie stellt also einen Oberbegriff der Ausschließlichkeit im engeren Sinne dar. Dementsprechend bezeichnet Klatzko (S. 47/48) die allgemeine Ausschließlichkeit als den Fall von Gesetzeskonkurrenz, „bei dem ein passendes Gesetz dadurch ausgeschlossen ist, daß der konkrete Sachverhalt dem Ausschließlichkeitstatbestand eines anderen Gesetzes entspricht, wobei es aber nicht darauf ankommt, ob die ausschließliche Bestimmung selbst im konkreten Sachverhalt erfüllt wird oder nicht“. Unter Ausschließlichkeitstatbestand versteht Klatzko hierbei den allgemeinen Tatbestand eines Gesetzes, das in diesem eine erschöpfende Regelung erfahren hat (S. 45). Die Bestimmung des die allgemeinen Merkmale eines Gesetzes enthaltenen allgemeinen Tatbestands geschieht, indem

diejenigen Bestandteile des abstrakten Gesetzestatbestands vernachlässigt werden, die wegen ihres einschränkenden Charakters ein größeres allgemeines Gebiet schon voraussetzen. Hierbei ist außerdem nicht nur von einer einzelnen Norm, sondern von einer ganzen Normengruppe auszugehen. In schwierigen Fällen verweist Klatzko auf den Weg der Gesetzesauslegung (S. 46); mit Hilfe des „Bestimmens des rechtspolitischen Zwecks des Gesetzes" (S. 47), also unter Berücksichtigung der teleologischen Methode ist dann festzustellen, wie der allgemeine Tatbestand des Ausschließlichkeitstatbestands aufzufassen ist (S. 47). Es wird hierbei auch auf die Methoden Schmidts verwiesen.

Da Klatzko sich nur auf diese eine, von ihm entdeckte Konkurrenzform beschränkt hat, so ist bei ihm bezüglich aller anderen Fragen auf dem Gebiet der GK wenig Neues zu finden. Bemerkenswert ist nur noch, daß er in seiner Definition der GK größeren Wert auf die Rechtsfolgen legt als seine Vorgänger und dementsprechend die GK in dieser Richtung hin schärfer begrenzt hat. Ihr Geltungsbereich wird stark zugunsten der Anspruchskonkurrenz [58]) eingeschränkt, da er nur die Spezialität und Subsidiarität als Formen der GK zuläßt. Diese Einengung des Begriffs der GK ist m. E. zu groß. Auch ist das Fehlen des Begriffs der Tatbestandseinheit nicht als ein Fortschritt gegenüber den älteren Meinungen zu bewerten. Bezüglich des bei ihm zu Lent Ausgeführten gelten die oben [59]) dargelegten Bedenken. Dagegen ist die Betonung des rechtspolitischen Moments der Gesetzesauslegung, des Sinns und Zwecks der Normen, sehr zu begrüßen.

§ 11. III f.

Dietz.

Dietz betrachtet das Problem der Gesetzes- und Anspruchskonkurrenz in erster Linie vom Blickpunkt der Rechtsfolgen und nicht vom Gesichtspunkt der Tatbestandseinheit oder -mehrheit aus wie z. B. Lent. Er unterscheidet zwischen Gesetzes- und Anspruchskonkurrenz, indem er die eine als die gelöste, die andere als die ungelöste Konkurrenz von Gesetzen betrachtet. (S. 17).

Als Gesetzeskonkurrenz bezeichnet er das Vorliegen eines „Rangverhältnisses zwischen zwei Normen, deren abstrakte Tatbestände durch einen konkreten Tatbestand erfüllt sind, derart, daß die eine Norm die gleichzeitige Anwendung der anderen ausschließt, so daß nur sie und ihre Rechtsfolge Platz greifen kann" (S. 16).

58) Die Lehre von der Anspruchskonkurrenz setzt bei ihm begrifflich eine Mehrheit von Ansprüchen und ein Nichtvorliegen von GK voraus. Sie hat sich mit der Frage zu befassen, wie zwei Ansprüche konkurrieren.

59) Vgl. § 7 III b der Arbeit (S. 24).

Unter Normen versteht er diejenigen Gesetzesbestimmungen, „die einen Befehl geben, die eine Rechtsfolge an die Erfüllung ihres Tatbestands knüpfen".

Unter konkretem Tatbestand versteht auch Dietz nicht die Zusammenfassung konkreter Tatsachen entsprechend den begrifflichen Momenten der abstrakten Tatbestände wie Lent (S. 5). Er behandelt konkreten Tatbestand und konkreten Vorfall wie gleiche Begriffe. Die Verschiedenheit des von ihm verwendeten Tatbestandsbegriffs von dem Lents scheint Dietz übersehen zu haben, als er auf Lents Definition der GK Bezug nahm [60]). Dietz unterscheidet sich auch insofern von Lent, als bei ihm GK nur dann vorliegt, wenn nur die Rechtsfolge eines Gesetzes unter Ausschaltung der übrigen Gesetze Platz greift. Er rechnet also nicht die Fälle der IK unter die GK, sondern betrachtet die IK als eine Art der Anspruchskonkurrenz (S. 17, Anm. 16), wobei er unter Anspruchskonkurrenz die ungelöste Konkurrenz von Gesetzen versteht. Anders ausgedrückt, scheint Dietz unter Anspruchskonkurrenz den Fall zu verstehen, daß auf einen konkreten Vorfall mehrere Normen und die aus ihnen fließenden Ansprüche zur Anwendung kommen. Dabei scheint es für ihn gleichgültig zu sein, ob mit Befriedigung des einen Anspruchs der andere erlischt und ob die Ansprüche ein und dasselbe Ziel verfolgen [61]). Es ist also eine Einschränkung des Begriffs der GK zugunsten der Anspruchskonkurrenz festzustellen.

Als Unterarten der GK kennt Dietz nur die Spezialität und Subsidarität. Konsumtion lehnt er als Unterart der GK ab. Denn er versteht darunter die Fälle, in denen „das Gesetz einen konkreten Vorgang, an den es an sich eine Rechtsfolge geknüpft hat, unbeachtet läßt, weil gleichzeitig ein anderer gegeben ist und aus ihm eine Rechtsfolge abgeleitet wird (S. 18)". Für Dietz ergibt sich daraus die Tatsache, daß mehrere konkrete Vorgänge und damit mehrere Tatbestände vorliegen. Es passen diese Fälle nicht unter die von ihm gegebene Definition der GK und scheiden daher als Fälle der GK aus. a) Als Spezialität bezeichnet Dietz (S. 22) „ein auf der Begriffsbildung der Tatbestände fußendes Rangverhältnis zweier Normen". Dieses liegt vor, wenn der im Tatbestand des einen Gestzes (lex specialis) umschriebene Begriff alle Merkmale des im Tatbestand des anderen Gesetzes (lex generalis) aufgestellten Begriffs enthält, aber noch ein weiteres Merkmal zur Bildung seines Tatbestandsbegriffs verwendet. Für Dietz ist dabei die Fassung des abstrakten Tatbestands entscheidend. Stehen diese beiden Tatbestände zueinander im Ver-

60) Vgl. oben das (bei Lent) über Dietz Angeführte, § 7 III b (S. 24) dieser Arbeit.

61) Wie bei Lent S. 72.

hältnis der Spezialität und ist der Tatbestand der lex specialis erfüllt, so darf nur ihm, nicht auch der lex generalis der Vorfall subsumiert werden (S. 32). Es darf also überhaupt kein — auch vorläufig nicht — konkreter Tatbestand der lex generalis gebildet werden. Damit wird der Tatbestand der lex generalis ausgeschieden. Aus dieser Ausscheidung ergibt sich aber notwendigerweise auch die Ausscheidung der an diesen Tatbestand geknüpften Rechtsfolge.

Dietz vergleicht also hier allein die abstrakten Tatbestände. Dagegen wäre an sich nichts einzuwenden. Grundlos dagegen ist der Vorwurf, den er Lent macht, der auf dem Wege über die konkreten Tatbestände zu einem — was den praktischen Enderfolg angeht — gleichen Endergebnis gelangt. Dietz meint hier, man dürfe nicht von zwei konkreten Tatbeständen sprechen, es handele sich ja in Wahrheit nur um einen konkreten Vorfall (S. 25). Er übersieht dabei, daß konkreter Tatbestand nur ein nach bestimmten begrifflichen Merkmalen gebildeter Ausschnitt aus diesem Vorgang ist. Dieser Begriff entspricht dem des Verbrechens im Strafrecht, welches auch nur einen Ausschnitt aus dem tatsächlichen Geschehen durch Konkretisierung eines abstrakten gesetzlichen Straftatbestandes darstellt. Es ist daher zulässig, bei Konkurrenzfragen von mehreren Verbrechen zu sprechen, welche durch einen tatsächlichen Vorgang entstanden sind Er führt gegen Lent weiter aus, daß bei diesem sich die abstrakten Merkmale in den gesetzlichen Tatbeständen immer in den konkreten Tatbeständen wiederholen müßten, daß eine Deckung der abstrakten notwendigerweise immer die Deckung auch der konkreten Tatbestände zur Folge haben müsse, weswegen sich die IM erübrigten. Dietz übersieht hierbei, daß Lent selbst auf diesen anscheinenden Widerspruch zwischen Einheit des konkreten und Mehrheit der abstrakten Tatbestände hingewiesen hat, und daß bei ihm gerade durch die Identität bzw. Verschiedenheit der IM (Individualisierungsmerkmale) eine Einheit bzw. Verschiedenheit der konkreten Tatbestände herbeigeführt wird; daß es sich also bei ihm bei den konkreten Tatbeständen (im Falle der GK) nicht nur um „Übersetzungen der in den abstrakten Tatbeständen gegebenen Begriffsmerkmale durch die ihm entsprechenden individuellen Erscheinungsformen des bestimmten Falles handelt" (Dietz S. 25), sondern um gleichsam erst vorläufig gebildete konkrete Tatbestände, daß erst die IM entscheiden, ob und wie eine derartige Bildung von konkreten Tatbeständen letzten Endes wirklich vorgenommen werden darf.

b) Als Subsidiarität bezeichnet Dietz (S. 41) ein auf dem (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Befehl des Gesetzes beruhendes n i c h t l o g i s c h bedingtes Rangverhältnis. Der Unter-

schied zur Spezialität besteht also vor allem darin, daß das die Anwendung der konkurrierenden Normen ausschließende Rangverhältnis nicht logisch, sondern kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Anordnung bedingt ist, und daß in bestimmten Fällen das vortretende Gesetz das andere nur zum Teil ausschließt, daß das zurücktretende Gesetz nur in gewissen Beziehungen und unter bestimmten Voraussetzungen verdrängt wird. Dagegen beruht bei der Spezialität das Rangverhältnis auf dem logischen Verhältnis der Tatbestände. Dietz unterscheidet also ausdrückliche und stillschweigende Subsidiarität.

1. Mit ausdrücklicher Subsidiarität bezeichnet er die Fälle, in denen das Zurücktreten des konkurrierenden Gesetzes entweder darauf beruht, daß kein anderes Gesetz angewandt werden kann [62]), daß das zurücktretende Gesetz seine Anwendbarkeit verneint, wenn ein anderes Platz greift, oder aber daß das primäre Gesetz seinen Vortritt bzw. das Zurücktreten anderer Bestimmungen anordnet (S. 43).

2. Bei stillschweigender Subsidiarität muß sich aus dem Sinn und Zweck der zusammentreffenden Gesetze ergeben, daß das eine Gesetz nicht zur Anwendung kommen kann, weil sonst die Durchführung des dem anderen Gesetz zugrunde liegenden Sinnes und Zwecks vereitelt werden würde. Grundsätzlich ist Dietz der Anschauung [63]), daß nur ganz zwingende Gründe vorliegen müssen, um ein Gesetz auf einen konkreten Fall, der ihm tatbestandsmäßig unterfällt, nicht zur Anwendung zu bringen. Er analysiert daher alle möglichen Fälle der Subsidiarität genau und teilt diese in vier Möglichkeiten bezüglich der Rechtsfolgen ein (S. 51). Bedingung hierbei ist es, daß zwischen den Rechtsfolgen quantitative Unterschiede bestehen und daß sie der Befriedigung des gleichen Interesses dienen. Es kommt dann zu drei Gruppen von Fällen der Subsidiarität und einer Unterart der dritten Gruppe. Es ist nicht möglich, an dieser Stelle seine Untersuchungen, auf Grund derer er zu dieser Gruppe von Subsidiaritätsfällen gelangt, sowie eine Definition jeder dieser Gruppen zu bringen. Bemerkenswert ist jedoch vor allem die dritte Gruppe der erschöpfenden Regelung des Geltungsbereiches eines Gesetzes: „Ein Gesetz verdrängt für sein Geltungsgebiet ein anderes, wenn es offensichtlich dieses Geltungsgebiet erschöpfend regeln will, vorausgesetzt, daß beide Gesetze die Tatbestände unter einem wesensgleichen rechtlichen Gesichtspunkt beurteilen“ (S. 64). Dietz mißt der erschöpfenden Regelung eine derartige Bedeutung bei,

---

62) Wie im Beispiel des § 49 StGB.

63) Ähnlich wie Oertmann, der eine Vermutung gegen die Subsidiarität ausspricht.

daß er als Unterart dieser Subsidiaritätsform noch den Fall hinzunimmt, daß selbst dann das, seinen Geltungsbereich erschöpfend regelnde, Gesetz zur Anwendung kommt, wenn es den Fall, der in sein Geltungsbereich gehört, nicht tatbestandsmäßig voll erfaßt und ausdrücklich regelt (S. 66). Es muß also das andere, den Vorfall tatbestandsmäßig voll erfassende Gesetz selbst dann zurücktreten, wenn das Gesetz der erschöpfenden Regelung [64]) den konkreten Vorfall nicht tatbestandsmäßig voll erfaßt hat.

Es handelt sich hier also um denselben Fall, den Klatzko (a. a. O. S. 47 f.) als Konkurrenzform der Ausschließlichkeit zu gleicher Zeit wie Dietz [65]) entdeckt hat.

Abschließend ist zu seinen Ausführungen ähnlich wie zu denen Klatzkos zu bemerken, daß auch Dietz das Gebiet der GK bezüglich der Rechtsfolgen schärfer definiert hat, dabei aber gleichzeitig ihr Geltungsbereich zugunsten der Anspruchskonkurrenz (vgl. S. 68 f. dieser Arbeit) dadurch eingeschränkt hat, daß er nur die Formen der Spezialität und Subsidiarität zuläßt. Auch hier ist die Begrenzung m. E. zu eng und läßt die Tatbestandseinheit zu wenig zur Geltung kommen. Neu auf dem Gebiet der GK ist es, daß Dietz hierzu ähnlich wie Klatzko auch Fälle rechnet, bei denen der Tatbestand nur eines — des ausgeschlossenen, zurückgedrängten — Gesetzes erfüllt ist, während der des ausschließenden Gesetzes nur teilweise, keineswegs aber vollständig erfüllt ist. Es ist daher verständlich, daß Dietz in solchen Fällen die Tatbestandseinheit zugunsten der Rechtsfolgen in den Hintergrund treten lassen muß. Begrüßenswert ist es, daß auch D. dem Sinn und Zweck, der Auslegung der Gesetze entscheidende Bedeutung in der Auffindung einer Lösung von Konkurrenzfragen beimißt.

§ 12. III g.

Ergebnis.

Nach der Betrachtung der hier behandelten, verschiedenen Lehrmeinungen, nach der Kritik dazu, sowie nach den Ausführungen des I. Teils (dieser Arbeit) gelangt man zu folgendem Ergebnis: An dem Begriff der Tatbestandseinheit ist festzuhalten. Jedoch ist dieser Begriff so zu fassen, daß er den Bedürfnissen der GK entspricht. Diese erfordern, daß auch die Rechtsfolgen in irgendeiner Weise gewürdigt werden müssen. Denn gerade ihretwegen wird ja das Problem der Konkurrenz interessant und bedeutungsvoll. Es ist allerdings bei diesen weniger die einzelne Art der Rechtsfolge für die Bestimmung der GK ausschlaggebend;

64) Wie es hier einmal kurz genannt werden soll.
65) Vgl. Dietz, S. 66, Anm. 114.

z. B. ob Exklusivität (Exklusion) oder Alternativität vorliegt. Es muß vielmehr entsprechend der Einheit, bzw. Mehrheit des Tatbestandes das Hauptgewicht auch auf die Einheit oder Mehrheit der Rechtsfolgen gelegt werden. Als das Eigentümliche und Wesentliche bei der GK ist außer dem Vorliegen eines einheitlichen konkreten Tatbestandes [66]) die einheitliche Rechtsfolge zu betrachten. Wie schon angedeutet, kann diese in allen möglichen Formen auftreten. Also z. B. als Exklusion oder Alternativität. Dagegen nicht als Kumulation (selbständiges Nebeneinander, also Mehrheit der Rechtsfolgen).

Als Konkurrenz schlechthin ist der Fall zu bezeichnen, daß ein einheitlicher konkreter Vorfall dem äußeren Anschein nach unter mehrere abstrakte Gesetzestatbestände [67]) paßt. Als Tatbestand in diesem Sinne ist einstweilen noch mit v. Tuhr [68]) die Gesamtheit der in einem abstrakten Rechtssatz genannten Tatsachen zu bezeichnen, bei deren Vorliegen die Rechtswirkung eintreten soll. Paßt nun ein solches Geschehen „in concreto", also nicht nur dem Anschein nach unter diese Tatbestände, so bedeutet das, daß die im abstrakten Tatbestand genannten Tatsachen im wirklichen Geschehen enthalten sind und somit den abstrakten Tatbestand erfüllen. Ein derart erfüllter Tatbestand ist mit konkretem Tatbestand (vorläufig) zu bezeichnen. Nun ereignen sich aber bei der Konkurrenz Fälle, in denen sich die konkreten Tatsachen eines Geschehens zwar unter die abstrakten Tatsachen unterordnen lassen, den konkreten Tatbestand bilden und trotzdem die an diesen geknüpften Rechtsfolgen aller Tatbestände nicht anzuwenden sind. Da aber ein konkreter Tatbestand immer die in seinem abstrakten Tatbestand bezeichnete Rechtsfolge nach sich ziehen muß [69]), in den hier gedachten Fällen aber keine oder zum mindesten nicht die gleiche Rechtsfolge dieses Tatbestandes eintritt, so muß sich daraus ergeben, daß der konkrete Tatbestand doch nicht voll und ganz erfüllt worden sein kann. Hier gelangen wir in das Gebiet der Gesetzeskonkurrenz (GK).

Gesetzeskonkurrenz liegt also vor, wenn die Anwendbarkeit mehrerer Gesetze auf einen konkreten Vorfall in Frage steht, aber nur ein konkreter Tatbestand, sei es als der nur eines Gesetzes,

---

66) Dieser ist vorläufig noch im Sinne der Konkretisierung eines abstrakten Tatbestandes in dem allgemein üblichen Sinne zu verstehen!

67) Natürlich nur Haupttatbestände (vgl. Lent, S. 6, 78 ff.).

68) a. a. O. II. Bd. S. 4.

69) Vgl. v. Tuhr, a. a. O. S. 4: „Liegt der Tatbestand eines Rechtssatzes in concreto vor, so ergibt sich die Rechtsfolge mit logischer Notwendigkeit." Dietz, S. 127: Ein Tatbestand ohne Rechtsfolge ist sinnlos.

sei es als der mehrerer, zu einem zusammengefaßter Gesetze gebildet werden darf.

Es wird mit Recht auffallen, daß diese Definition der von Lent aufgestellten ähnelt, und nichts, wie angekündigt, über die Rechtsfolge aussagt. Das ist aber auch nicht notwendig. Denn nach der oben dargelegten Auffassung kann, je nachdem ob ein konkreter Tatbestand vorliegt oder nicht, auf die Rechtsfolgeneinheit bzw. -mehrheit geschlossen werden.

Es sind in dieser Definition auch die von Dietz und Klatzko entdeckten Fälle der „Ausschließlichkeit" oder der „erschöpfenden Regelung" als Unterarten der Subsidiarität [70]) enthalten. Denn es ist vermieden worden, unter dieser Begriffsbestimmung nur die Fälle zusammenzufassen, in denen sich die Tatsachen des in Betracht kommenden Geschehens unter jede der im abstrakten Tatbestand der passenden Rechtssätze bezeichneten Tatsachen subsumieren lassen. Eine Anwendbarkeit mehrerer Gesetze steht nämlich immer dann in Frage, wenn ein Geschehen dem äußeren Anschein nach unter mehrere abstrakte Gesetzestatbestände paßt. Unter „dem Anschein nach passen" kann aber nicht nur der Fall verstanden werden, daß jede der im abstrakten Tatbestand der passenden Gesetze genannten Tatsachen im konkreten Vorfall verwirklicht zu sein scheinen. Es genügt auch, daß teils jede, teils einige dieser abstrakten Tatsachen durch ein tatsächliches Geschehen verwirklicht zu sein scheinen (unvollkommen passen). Es handelt sich hier also um ein vollkommenes und um ein unvollkommenes Passen, wobei das unvollkommene Passen in diesem Sinne als ein Oberbegriff zum vollkommenen Passen aufzufassen ist. Auf diese Weise ist es möglich, den klassischen Konkurrenzbegriff so zu erweitern, daß auch die von Klatzko und Dietz entdeckten Arten hierher passen. Bedenken gegen diese Definition könnten sich möglicherweise dann erheben, wenn man sich die Frage stellt, nach welchen Grundsätzen ein derartiges Verbot der Bildung mehrerer konkreter Tatbestände trotz (sogar vollkommenen) Passens der abstrakten Tatbestände aufgestellt werden darf. Man könnte auch einwenden, daß nach dem hier Angeführten die Folgerung, ein konkreter Tatbestand hat dieselbe, an den abstrakten Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge [71]), irrig sei. Es sei ein Widerspruch zu behaupten, alle konkreten Tatbestände [72]) lägen vor, sind also gebildet und dürften dann aber doch nicht gebildet werden [73]). Der Einwand ist an sich berechtigt. Er kann nur dann entkräftet

70) Vgl. d. Ausführungen über Dietz, § 11 f. u. Klatzko, § 10 III e.
71) Vgl. oben S. 45 Anm. 69.
72) Im Sinne der vorläufigen, v. Tuhrschen Definition.
73) Vgl. ähnlich Lent, S. 9.

werden, wenn darüber Klarheit herrscht, daß dem Begriff „konkreter Tatbestand" eine tiefere Bedeutung zu geben ist. Das gilt besonders im Hinblick auf die Konkurrenz.

Ein konkreter Tatbestand muß daher mehr enthalten als die alleinige Konkretisierung der in einem abstrakten Rechtssatz genannten Tatsachen, bei deren Vorliegen die Rechtswirkung eintreten soll. Es müssen noch Tatbestandsmerkmale vorhanden sein, die im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt worden sind, deren Vorliegen aber auf die Einheit bzw. Mehrheit der konkreten Tatbestände und ihrer Rechtsfolgen entscheidenden Einfluß haben. Liegen sie vor, so dürfen die konkreten Tatbestände der mehreren anscheinend passenden Gesetze nicht gebildet werden. Nur ein einheitlicher, konkreter Tatbestand darf bestehen. Daher seien diese Merkmale, die die Konkretisierung verbieten, Konkretisierungsverbote genannt. Sie bilden dadurch, daß in jedem Konkurrenzfalle bei vorläufiger Tatbestandseinheit (im alten Sinne) geprüft werden muß, ob sie nicht vorliegen und damit — falls es sich um Ansprüche handelt — Tatbestands- und Anspruchsmehrheit vorliegen würde, negative (und meistens ungeschriebene) Tatbestandsmerkmale. Im Falle der Konkurrenz zeigt es sich also, daß die oben (S. 45, bei von Tuhr S. 4) gegebene Definition vom Tatbestand nicht ausreicht. Tatbestand ist demnach hier die Zusammenfassung der in einem abstrakten Rechtssatz genannten Tatsachen, bei deren Vorliegen im Falle der Abwesenheit von Konkretisierungsverboten der konkrete Tatbestand gebildet werden darf und die an diesen geknüpfte Rechtsfolge eintritt. Konkreter Tatbestand ist demnach der im Falle des Vorliegens der in einem abstrakten Tatbestand zusammengefaßten Tatsachen bei Abwesenheit von Konkretisierungsverboten gebildete Tatbestand (konkretisierte abstrakte Tatbestand) oder die durch die Abwesenheit von Konkretisierungsverboten mögliche Zusammenfassung konkreter Tatsachen entsprechend den begrifflichen Momenten der abstrakten Tatbestände.

Diese Definition würde eine Unterart derjenigen Tatbestandsdefinition darstellen, die man in Anlehnung an die strafrechtliche Tatbestandsdefinition [74]) erhält. In diesem weiteren Sinne wäre demnach als Tatbestand die Zusammenfassung aller der-

74) Vgl. Liszt-Schmidt, S. 180.

jenigen Voraussetzungen zu verstehen, die erfüllt sein müssen, damit die vom Gesetz angeordnete Rechtsfolge eintreten kann.

Das Konkretisierungsverbot ähnelt übrigens den Gründen, die im Strafrecht die Rechtswidrigkeit ausschließen. Jene Gründe bewirken, daß nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind, damit die Unrechtsfolge der Strafe eintreten kann (Liszt-Schmidt, a. a. O.). Jene Konkretisierungsverbote bewirken, daß nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind, damit die an den Tatbestand der betreffenden Gesetzesbestimmung geknüpften Rechtsfolgen eintreten können.

Die Konkretisierungsverbote gleichen auch ihrem Wesen nach den Individualisierungsmomenten Lents in vielen Punkten. Diese Entdeckung Lents hat in weitem Maße zu der Aufstellung dieses Begriffs beigetragen. Die Konkretisierungsverbote ähneln außerdem noch den normativen Tatbestandsmerkmalen Oertmanns. Denn auch diese sollen, ebenso wie die IM Lents, die Bildung mehrerer konkreter Tatbestände verhindern (im Falle ihres Vorliegens).

Damit ist bisher nur über die Aufgabe und Eigenart dieser ungeschriebenen negativen Tatbestandsmerkmale berichtet worden; nichts aber darüber, wann sie im einzelnen Falle vorliegen. Zuerst einmal muß an Hand der oben gegebenen Konkurrenzdefinition geprüft werden, ob überhaupt ein Fall der Konkurrenz vorliegt. Wird die Frage danach bejaht, so sind die Voraussetzungen für eine Untersuchung über das Vorliegen von Konkretisierungsverboten gegeben. Jetzt muß der Weg der Gesetzesauslegung beschritten werden. Aus einem Vergleich der konkurrierenden Normen und ihrer Rechtsfolgen in bezug auf deren Sinn und Zweck, sowie aus dem Gesetzestext selber muß entnommen werden, ob Umstände vorliegen, die eine Bildung mehrerer konkreter Tatbestände ausschließen. Es muß versucht werden, hierbei dem Willen des Gesetzgebers besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden.

Liegen die genannten Umstände vor [75]), so handelt es sich hierbei um ein Konkretisierungsverbot, nur ein konkreter Tatbestand darf gebildet werden, nur eine einheitliche Rechtsfolge eintreten [76]).

---

75) Ein solcher Umstand kann auch z. B. die erschöpfende Regelung eines Rechtsgebietes sein, von der Klatzko und Dietz berichtet haben.

76) Ein oft auftretender Einwand, die Einheit des Tatbestandes könne auch Mehrheit der Rechtsfolgen nach sich ziehen, wird mit dem Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 325, 326 BGB. zu begründen versucht. Allerdings sehr zu Unrecht. Denn hier besteht auch nur eine einheitliche Rechtsfolge, deren Eigenart es ist, daß mehrere Ansprüche wahlweise geltend gemacht werden können, daß aber mit Durchsetzung des einen, der andere sofort erlischt, also auch nur ein rechtlicher Erfolg im Endziel

Feste Regeln können also nicht für die Auffindung und Bestimmung der Konkretisierungsverbote aufgestellt werden. Ihr Vorliegen muß also von Fall zu Fall entschieden werden. Wie hierbei im einzelnen vorgegangen wird, kann in diesem Teil nicht näher erörtert werden, da hierüber die Behandlung der einzelnen Konkurrenzfälle im folgenden Teil am eindeutigsten Aufschluß gibt.

Schließlich sei noch der Begriff Anspruchskonkurrenz erläutert. Aus dem Wort selber wird ersichtlich, daß es sich bei dieser nur um Ansprüche handeln kann, um anspruchbegründende Normen, während die Rechtsfolgen bei der GK auch andere Rechte (z. B. Gestaltungsrechte, Anfechtung etc.) sein können. Sie muß im Falle, daß es sich überhaupt um Konkurrenz handelt, immer dann vorliegen, wenn die Untersuchung ergibt, daß kein Fall der GK vorliegt. Denn dann liegt Mehrheit von Tatbeständen und Mehrheit von Rechtsfolgen vor, die in diesem Falle immer Ansprüche sein müssen.

Konkurrenz der Ansprüche (Anspruchskonkurrenz) liegt also immer dann vor, wenn in einem Falle der Konkurrenz[77]) mehrere konkrete Tatbestände für sich gebildet werden können, so daß mehrere Rechtsfolgen als Ansprüche nebeneinander bestehen.

Damit ist das Ergebnis der oben dargelegten Lehrmeinungen festgelegt und der Ausgangspunkt für die Untersuchung der Konkurrenz im einzelnen Falle bestimmt worden.

IV. Die Konkurrenz der einzelnen Ansprüche zueinander.

§ 13: a) Das Verhältnis des § 990, I zum § 992.

Wie aus den Darlegungen des zweiten Abschnitts hervorgeht, stehen dem U — abgesehen von den übrigen Ansprüchen — dem äußeren Anschein nach zwei Ansprüche (§§ 990/89 und 992 BGB.) aus dem Eigentum zu. Die widerrechtliche In-Alleinbesitznahme der Vase (durch die Unterschlagung) ist das äußere Geschehen, durch welches der Besitz an dem Gegenstand sowohl durch eine strafbare Handlung gemäß den Vorschriften des § 992 BGB. wie auch bösgläubig gemäß den Bestimmungen des § 990/89 BGB. erlangt wurde. Damit sind vorläufig, rein äußerlich betrachtet, die Voraussetzungen beider Normen erfüllt. Es bestehen also anscheinend Schadensersatzverpflichtungen als Rechtsfolgen dieser Tatbestandserfüllungen, deren Inhalt aber

eintritt. Der Gegensatz hierzu wäre, daß die Ansprüche nebeneinander kumulativ geltend gemacht werden könnten.

77) Definition v. Konkurrenz oben auf S. 45 (unter Ergebnis) der Arbeit.

nicht der gleiche zu sein scheint [78]). Darüber, ob in einem solchen Falle Gesetzes- oder Anspruchskonkurrenz mit den diesen Konkurrenzformen eigentümlichen Rechtsfolgen Platz greifen, herrscht in der Literatur und Rechtsprechung beträchtliche Uneinigkeit. Für Anspruchskonkurrenz sprechen sich aus der Reichsgerichtsrätekommentar [79]), Planck [80]), Schmidt [81]), Staudinger [82]) und auch das RG [83]). Staudinger und das Reichsgericht lassen aber hier nicht eindeutig erkennen, ob sie mit dieser Ansicht nicht auch eine Haftungsergänzung zulassen (also Gesetzeskonkurrenz). Für eine derartige Ergänzung spricht sich dagegen das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung [84]) aus, indem es dort heißt, daß § 992 dahin zu verstehen ist, daß das Gesetz diese Ersatzansprüche (§§ 985 ff.) über die §§ 985 ff. hinaus bis zum Umfang eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung erweitern, im übrigen aber den Ersatzanspruch als solchen (also hier den aus §§ 990/89) bestehen lassen will. Damit verbindet das Reichsgericht die Schlußfolgerung, daß die Verjährungsvorschriften für die in § 992 behandelten Ansprüche nicht aus § 852 BGB., sondern aus § 195 BGB. zu entnehmen sind. Eine solche Ergänzung und Erweiterung der Haftung aus den §§ 989/90 ist nur so denkbar, daß die beiden Tatbestände derart zusammengefaßt werden, daß e i n konkreter Tatbestand entsteht, der alle für den Eigentümer günstigen Folgen eintreten läßt. Es liegt also hier Gesetzeskonkurrenz vor. Worin das Moment besteht, welches ein Konkretisierungsverbot für die Bildung des vollen Tatbestands des

---

78) § 990/89 ordnet nur Haftung für eine verschuldete Verschlechterung, verschuldeten Untergang oder sonstige schuldhafte Unmöglichkeit der Herausgabe an. § 992 läßt für jeden Schaden als Folge der Besitzerlangung haften (was bestritten ist; vgl. hierüber die folgenden Ausführungen).

79) RGRKomm., 8. Aufl., zu § 992, 1 „Die Deliktshaftung kann auch mit der gesetzlichen Verpflichtung nach d. §§ 989 ff. zusammentreffen, sofern der Besitzer im bösen Glauben ist. Dann gehen beide Ansprüche ihre eigenen Wege".

80) Planck, 5. Aufl., zu § 992, 3 „Wohl aber hat der Eigentümer freie Hand, ob er sich auf die fehlerhafte Besitzverschaffung des Beklagten berufen oder nicht vielmehr die Ansprüche gemäß den §§ 989/990 erheben will".

81) Schmidt, S. 177, nennt das Nebeneinanderbestehen von Ansprüchen Kumulation.

82) Staudinger, 10. Aufl., zu § 992, I 2 a führt im Hinblick auf die §§ 989/90 aus, daß der Eigentümer nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§ 992) Ersatz verlangen k a n n (nicht muß). Das muß bedeuten, daß er auch nach den §§ 990/89 Ersatz verlangen kann. Beide Ansprüche bestehen also nebeneinander.

83) In RGZ. 105/86 führt das RG. aus, daß sich im Falle der Besitzerlangung durch strafbare Handlung oder verbotene Eigenmacht a u c h eine Haftung aus den §§ 990/89 ergeben würde, wenn der Beklagte beim Besitzerwerb im bösen Glauben war.

84) RGZ. 117/425.

§ 992 in diesem Fall aufstellt, ist in dieser Entscheidung nicht zu erkennen.

Gegenteiliger Ansicht, aber doch für die Annahme einer Gesetzeskonkurrenz ist Heck [85]), welcher sich für den Fall des Zusammentreffens der §§ 992 und 990/89 dafür ausspricht, daß die sachenrechtlichen (§ 990/89) Ansprüche die schuldrechtlichen (aus § 992) nur zugunsten des Besitzers beschränken, daß daher die schuldrechtlichen Ansprüche voll gelten und nur zugunsten des Besitzers durch die sachenrechtlichen Sondervorschriften (§ 990/89) eingeschränkt werden. Demzufolge haben die kürzeren Verjährungsfristen des Deliktsrechts Geltung, da deren Einschränkung durch die längeren Fristen des § 195 dem Besitzer nicht zum Vor-, sondern nur zum Nachteil gereichen würden. Es wird also ein konkreter Tatbestand dadurch gebildet, daß der Tatbestand des § 990/89 mit dem des § 992 unter dem Gesichtspunkt der Herbeiführung der für den Besitzer günstigsten Rechtslage zusammengefaßt wird. Eine nähere Begründung dieser Ansicht ist auch bei Heck nicht zu erkennen.

Die hier wiedergegeben Ansichten haben das Problem der Konkurrenz — besonders im Hinblick auf die §§ 992, 990/89 — nur in einigen Sätzen gestreift und lassen ausführliche Begründungen dieser Meinungen vermissen. Vor allem mangelt es hier an einer genaueren Untersuchung über die Voraussetzungen und die gesetzgeberischen Ziele und den Inhalt, sowie darüber, ob Konkurrenz überhaupt vorliegt [86]). Besteht hierüber Klarheit, so kann die Lösung der Konkurrenz keine Schwierigkeiten mehr bieten [87]).

Gemäß dem oben (§ 12) Dargelegten hat jeder Untersuchung darüber, ob Gesetzeskonkurrenz oder Anspruchskonkurrenz vorliegt, eine Prüfung vorauszugehen, die sich darauf erstreckt, ob überhaupt ein Konkurrenzfall vorliegt. Konkurrenz ist — so wurde oben (§ 12, III g) festgestellt — der Fall, daß ein einheitlicher Vorfall dem äußeren Anschein nach unter mehrere abstrakte Gesetzeshaupttatbestände fällt.

Es erhebt sich daher als erste die Frage, ob die in den §§ 990/89 und 992 enthaltenen Rechtssätze überhaupt Gesetzeshaupttatbestände enthalten und nicht nur zur Ergänzung einer anderen Norm geschaffen sind. Enthält eine der beiden Normen nur einen Hilfstatbestand zur Ergänzung des Hauptatbestands

85) Heck, a. a. O. S. 290.

86) Vgl. § 12, III a 7 der Abhandlung.

87) Eingehender haben sich mit diesem Fragenkomplex im Hinblick auf Konkurrenzfragen nur Lent und Schmidt, in neuerer Zeit auch Dietz (Lent S. 265 ff., Schmidt S. 174 ff., Dietz S. 197 ff.) befaßt. Ihre Ausführungen sollen noch an anderer Stelle (vgl. unten S. 52—55) gewürdigt werden.

einer anderen Norm, so würde Konkurrenz nur zwischen diesen in Betracht kommen und eine Untersuchung über die Gesetzeskonkurrenz und Anspruchskonkurrenz im konkreten Fall unnötig machen.

Da der hier zu behandelnde Fall eine derartige Untersuchung besonders nötig macht und eine solche vornehmlich gesetzesauslegender Natur ist, stehen hiermit die schon oben angedeuteten Fragen nach dem Sinn und gesetzgeberischen Zweck der anscheinend konkurrierenden Normen in engem Zusammenhang.

Die Dringlichkeit einer genauen Untersuchung in diesem Falle ergibt sich aus dem Streit um die Auslegung des § 992 Da die Feststellung, daß der § 990 in Verbindung mit § 989 einen eigenen selbständigen (Haupt-)Tatbestand aufstellt, unstreitig ist, hat die nachfolgende Untersuchung von § 992 BGB. auszugehen.

Die Auslegung dieser Bestimmung ist durchaus keine einheitliche.

Nach Dietz [88]) ist der Anspruch aus § 992 überhaupt kein selbständiger, eigener Anspruch. Er schafft nur einen Hilfstatbestand hinsichtlich der Anwendung der §§ 823 ff. Auf Grund dieses Hilfstatbestandes sollen auch innerhalb des Verhältnisses vom Eigentümer zum Besitzer (§§ 985 ff. BGB.) ausnahmsweise die §§ 823 ff. Geltung haben. § 992 erweitert somit nur den Geltungsbereich der unerlaubten Handlungen und läßt unmittelbar — vorausgesetzt, daß auch die übrigen, in § 823 genannten Handlungen (schuldhafte Schadensverursachung) vorliegen — einen deliktsrechtlichen Anspruch entstehen. Es würde demnach also keine Konkurrenz zwischen § 992 und § 989/90 BGB. in Betracht kommen. Vielmehr würde sich die Fragestellung auf das Verhältnis der §§ 823 ff. zum § 989/90 BGB. beziehen. Hiernach müßte geklärt werden, ob der ausnahmsweise anzuwendende Deliktsanspruch neben einem Anspruch aus § 990/89 besteht (Anspruchskonkurrenz) oder ob er einen derartigen Anspruch ausschließt oder aber sich mit diesem zu einem erweiterten einheitlichen Anspruch ergänzt (Fälle der Gesetzeskonkurrenz).

Vorweggenommen ist bei einem derartigen Ergebnis wie dem oben beschriebenen, daß der Anspruch aus Delikt in dem hier dargestellten Falle nach Dietz nicht auszuschließen ist, daß die Deliktsregeln bei einem Zusammentreffen der §§ 990/89 und 992 BGB. auf jeden Fall anwendbar sind. Die Frage wäre hier also nur die, ob die §§ 990/89 zu den Bestimmungen der unerlaubten Handlungen in Anspruchskonkurrenz stehen, ob sie ausgeschlossen werden oder ob die der unerlaubten Handlungen in

88) Dietz, a. a. O., § 15, II S. 197.

diesem Falle zu einem erweiterten Anspruch ergänzt werden (Gesetzeskonkurrenz).

Das Reichsgericht äußert sich hierzu [89]) dahingehend, daß § 992 nicht so zu verstehen ist, daß das Gesetz hier gegen den Eigenbesitzer einen Anspruch aus unerlaubter Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB. an die Stelle der in den vorausgegangenen Paragraphen (§§ 985 ff.) behandelten Ersatzansprüche aus der Verletzung des Eigentums setzen will, sondern [90]), daß diese Ersatzansprüche über die §§ 985 ff. hinaus bis zum Umfang eines Anspruches aus unerlaubter Handlung erweitert werden, im übrigen aber der Ersatzanspruch (hier also § 990/89) bestehen bleibt. Folgt man aber der gegenteiligen Ansicht von Dietz [91]) und der herrschenden Meinung [92]) und hält die Deliktsvoraussetzungen zur Anwendung des § 992 mit seinen Deliktsfolgen für erforderlich, so würde sich daraus ergeben, daß § 992 nur eine Wiederholung und Bestätigung von § 823 (Lent S. 263) wäre. Im übrigen wäre auch eine Auslegung nicht mit der oben angeführten Reichsgerichtsentscheidung in Einklang zu bringen. Nach dieser soll nicht ein Anspruch aus unerlaubten Handlungen an Stelle der vorausgegangenen Eigentumsansprüche treten, sondern diese Ansprüche sollen bis zum Umfang eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung erweitert werden; denn ein Beschränkung auf die Voraussetzungen der unerlaubten Handlungen würde keine besondere Erweiterung des Haftungsumfanges der in den §§ 987 ff. enthaltenen Ansprüche bedeuten.

Vor allem sprechen aber folgende Erwägungen dafür, daß § 992 BGB. nicht nur die Anwendung des Deliktsrechts schlechthin auf die Fälle des Besitzerwerbs durch verbotene Eigenmacht und strafbare Handlung ausdehnt und daneben die für die Anwendung der Deliktsregel notwendigen Tatbestandsvoraussetzungen, nämlich Verschulden beim Besitzerwerb oder aber bei der Schadensentstehung [93]) zur Bedingung für die Anwendung des Deliktsrechts macht [94]).

89) Vgl. RGZ. 117/425.

90) Vgl. Dietz, S. 197.

91) Ebenda.

92) Vgl. Schmidt, S. 174, II, 1; Planck § 992 Anm. 2; Heck § 69, 3 b: „Auf diejenigen Fälle, in denen der Besitz durch schuldlose Eigenmacht, also nicht schuldhaft erlangt ist, müssen die Vorschriften des Sonderrechts (§§ 987 ff.) Anwendung finden." RGRKomm. § 992, 1.

93) Der Schaden besteht in unseren Fällen immer in der Unmöglichkeit der Herausgabe, infolge deren der Eigentümer sein Herausgabeverlangen (§ 985 BGB.) nicht durchsetzen kann. Als unmöglich gilt hier auch der Fall, daß die Sache beschädigt worden ist. Denn eine unversehrte Herausgabe der Sache so, wie sie ursprünglich gemäß § 985 Inhalt des Anspruchs war, ist damit unmöglich geworden.

94) So allerdings die herrschende Meinung: RGRKomm. § 992, 1; Schmidt, S. 175; Dietz, S. 197; Prym, a. a. O. S. 70; a. A.: Lent, S. 260 ff.

Der Sinn des § 992 besteht darin, in diesen Sonderfällen der Besitzverschaffung durch Bruch des Rechtsfriedens die Haftung aus den vorhergehenden §§ 989 ff. zu erweitern und diesen „auf so besonders unrechtmäßige Weise erlangten Besitz mit besonders strenger Haftung zu belegen“ [95]). Nun ist schon bei der Haftung aus § 990 Abs. 1 S. 1, /989 BGB. Verschulden Voraussetzung für den Schadensersatz. Die Tatbestandsvoraussetzungen in diesen Fällen der Eigentumsverletzung durch Besitzentziehung würden also dann hinsichtlich des Verschuldens im wesentlichen die gleichen sein wie in den Fällen des § 992 BGB.

Eine Verschärfung der Haftung würde nur darin zu erkennen sein, daß in den zuletztgenannten Fällen bei schuldhaftem Besitzerwerb der Besitzer auch für zufällig danach entstandenen Schaden gemäß § 848 BGB. haftet. In den Fällen schuldlosen Besitzerwerbs dagegen, in denen das Verschulden erst in der Schadenszufügung lag, würde dieser Vorteil im Vergleich zu § 990/89 fortfallen, da ja hier Zufall beim Entstehen des Schadens ausgeschlossen ist. Es würde also in diesem Falle kaum eine Haftungsverschärfung überhaupt gefunden werden können. Zumal, da die deliktischen Ansprüche einer nur dreijährigen Verjährungsfrist unterworfen sind. Der Tatbestand des § 992, bei dessen Erfüllung die Haftung im Vergleich zu der aus dem § 990/89 wirklich verschärft sein würde, wäre also nur auf den Teil der Fälle des § 992 beschränkt, in denen ein Verschulden sofort bei der Besitzerlangung vorlag und der Schaden darauf nicht schuldhaft entstanden sein würde.

In den Fällen eines nach schuldhaftem Besitzerwerbs schuldhaft entstandenen Schadens würde die Haftung nur dann eine Erweiterung erfahren, wenn der Besitzer beim Erwerb leicht fahrlässig gehandelt hätte. In diesem Falle hätte er den Besitz nach den Voraussetzungen des § 992 erworben, ohne hierbei bösgläubig (gemäß § 989/90) gehandelt zu haben und müßte trotzdem haften.

Aber auch in diesen Fällen wäre der Vorteil der Rechtslage für den Eigentümer gegenüber einem Anspruch aus § 990/89 nicht bedeutend, da er dem Besitzer hier leicht fahrlässige Unkenntnis des Rechtsmangels neben strafbarer Handlung oder verbotener Eigenmacht nachweisen müßte, während im Falle der Anwendung des § 990/89 der Nachweis bösen Glaubens genügen würde [96]).

Eine Verschärfung der Haftung des § 992 im Vergleich zu der des § 990/89 würde sich also nur im Falle des schuldhaften

95) So zutreffend Lent, S. 262.
96) Vgl. hierzu Lent, S. 262/263.

Besitzerwerbs bei zufällig danach entstandenem Schaden bemerkbar machen; eine sehr problematische Haftungstatbestandserweiterung [97]) (und damit ebenfalls verschärfte Haftung) würde im Falle fahrlässiger Unkenntnis des Rechtsmangels vorliegen.

Aber auch bei Berücksichtigung dieser Fälle des Verschuldens bei der Besitzverschaffung kann man sich der Ansicht Lents (S. 263) nicht verschließen, welcher ausführt, daß § 992 nach der herrschenden Meinung nur eine Wiederholung oder Bestätigung von § 823 sein würde. Diese Erwägungen allein würden schon genügen, um diese Ansicht abzulehnen, nach der die Haftung für die Verletzung des Herausgabeanspruchs im Falle des § 992 an die Deliktsvoraussetzungen gebunden sei.

Ein weiterer Gesichtspunkt tritt jedoch noch zur Bestärkung dieser Meinung hinzu. Er ergibt sich aus der Betrachtung der Rechtslage in dem Falle, daß der Besitzerwerb im Sinne des § 992 sowie die Eigentumsschädigungen ohne Verschulden vor sich gingen. In diesen Fällen des Besitzerwerbs gemäß § 290, in denen es also auch an der leichten Fahrlässigkeit mangelt, würden bei einem danach auftretendem Schaden, der nicht auf Verschulden beruht, die Bestimmungen des § 992 nicht anwendbar sein. Denn es liegt weder beim Besitzerwerb noch beim Entstehen des Schadens ein Verschulden seitens des — es kann sich hier nur um verbotene Eigenmacht handeln — widerrechtlich Besitzenden vor. Es wären dann also Fälle des Besitzerwerbs durch verbotene Eigenmacht möglich, in denen der widerrechtlich Handelnde überhaupt nicht für die Schäden zur Verantwortung gezogen werden könnte, die dem Eigentümer infolge dieser Besitzentziehung entstehen. Selbst dann nicht, wenn die Sache untergegangen ist oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann. Ein derartiges Ergebnis wäre aber unbillig [98]). Denn aus einem anderen Rechtsgrunde ständen dem Eigentümer — vorausgesetzt, daß keine vertraglichen Beziehungen bestehen — keinerlei Schadensersatzansprüche zu. Weder aus Delikt (mangels Verschulden) noch aus § 990/89 BGB. (da der Besitzer gutgläubig war) [99]). Es bliebe dem Eigentümer nur der Anspruch aus § 985 BGB., der aber infolge Unmöglichkeit der Herausgabe wertlos wäre und nach der herrschenden Lehre auch nicht in einem solchen Falle in einen Schadensersatz-

97) Hinsichtlich der Haftungsstrenge.

98) Die hier zu den §§ 990, 992 gemachten Ausführungen gelten jedoch nur für die Fälle des unrechtmäßigen Besitzes. Denn die §§ 987 ff. stehen im Anschluß an die §§ 985, 986 und regeln nur die Haftung infolge Vereitelung der ungeminderten Herausgabe (Prym, S. 66) der Sache des Eigentümers seitens des Besitzers. Vgl. hierüber Lent, S. 258—266; ebenso Schmidt, S. 168 ff. und Siber, S. 121.

99) Auch die Bereicherungsansprüche (§§ 812 ff.) sind nicht immer geeignet, hier einen Ausgleich zu schaffen.

anspruch umgewandelt werden kann [100]). Gerade heute aber muß dem Grundsatz der Erhaltung des Rechtsfriedens im Interesse des Volksganzen in erhöhtem Maße Rechnung getragen werden. Es ergibt sich hieraus die Schlußfolgerung, daß demgemäß in bestimmten Fällen, in denen dieser Grundsatz in Widerspruch zum Verschuldensprinzip steht, dieses dem höheren Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens nachstehen muß. Daher hat derjenige, der diesen Frieden durch verbotene Eigenmacht bricht, auch dann für die schädlichen Folgen seiner Handlung einzustehen [101]), wenn ihn ein Verschulden hierbei nicht trifft.

Daraus ergibt sich für die Anwendung des § 992 BGB., daß der dort aufgestellte Tatbestand gemäß seinem Wortlaut allein ausreicht, um als Rechtsfolge die Haftung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen ohne deren Voraussetzungen nach sich zu ziehen.

Man gelangt also mit Lent (S. 264) zu dem Ergebnis, daß der Anspruch aus § 992 einen neuen selbständigen Tatbestand mit den Folgen der unerlaubten Handlung schafft und somit einen eigenen selbständigen Anspruch darstellt.

§ 992 enthält mithin ebenso wie § 990/89 einen selbständigen Haupttatbestand.

Diese beiden Haupttatbestände sind nun dem äußeren Anschein nach durch e i n e n äußeren Vorfall [102]) erfüllt. Es liegt somit ein Konkurrenzfall vor.

Um die Lösung dieser Konkurrenz zu finden, ist es jetzt notwendig, sich darüber klar zu werden, ob Umstände vorliegen, die eine völlige Konkretisierung jedes der beiden vorliegenden abstrakten Tatbestände verbieten. Ist dieses der Fall, so ergibt sich daraus, daß nur ein Tatbestand gebildet werden kann, daß also auch nur eine einheitliche Rechtsfolge besteht.

Eine Einheit der Tatbestände läge vor, wenn sich die abstrakten Tatbestände derart decken würden, daß der eine einen Sonderfall des anderen darstellen würde (Spezialität) oder daß der eine Tatbestand nach dem Willen des Gesetzes im Falle der Erfüllung beider Tatbestände den anderen zurückdrängen soll (Subsidiarität). Hieraus würde sich ohne weiteres der Ausschluß eines der beiden Tatbestände und seiner Rechtsfolgen ergeben. Daß Subsidiarität oder Konsumtion hier nicht vorliegen, bedarf keiner näheren Darlegung. Spezialität liegt ebenfalls nicht vor.

---

100) „Zu einer Klage auf Schadensersatz finden sich ausdrücklich die Vorschriften der §§ 989 ff. BGB." So grundsätzlich Staudinger, Komm. § 985, 3 (S. 623); RGRKomm. § 985, 2.

101) Gleicher Ansicht wohl auch grundsätzlich Dietz, S. 198 Abs. 2, a. A. dagegen S. 197.

102) Vgl. die Ausführungen zu Anfang dieses Abschnitts (IV a § 13).

Denn der Tatbestand des § 992 stellt keinen Sonderfall des Tatbestands des § 990/89 dar. Ebenso nicht umgekehrt. Zwar knüpfen beide Normen bestimmte Schadensersatzpflichten an ein bestimmtes Verhalten des unrechtmäßigen Besitzerwerbers, zwar will § 992 für seine Fälle schärfere Haftung im Vergleich zum § 990/89 anordnen. Doch sind die in § 992 geregelten Fälle nicht immer Sonderfälle des § 990/89. Zwar wird in der Regel derjenige, der den Besitz nach § 992 erlangt, bösgläubig handeln. Doch muß das nicht immer der Fall sein. In den, allerdings selteneren Fällen, nur leicht fahrlässigen Besitzerwerbs oder verbotener Eigenmacht liegen keine bösgläubigen Handlungen vor. Die Tatbestände schneiden sich also. Gemeinsam ist ihnen das unrechtmäßige Handeln beim Besitzerwerb und die dadurch entstandene Unmöglichkeit, die Sache so herauszugeben, wie sie früher war, sei es infolge von Verschlechterung, Untergang oder anderweitigen Umständen. Es handelt sich also um einen Fall, der unter den von Lent (S. 193, III ff.) und Schmidt (S. 71 ff.) aufgestellten Begriff der Idealkonkurrenz im bürgerlichen Recht fällt. Bei Schmidt ist hierbei das wesentliche, daß sich die konkurrierenden Tatbestände schneiden. Bei Lent kommt es darauf an, daß diese die gemeinsamen Individualisierungsmomente haben und keine notwendige oder vollständige Deckung der Tatbestände besteht (S. 195). Darin, daß die hier in Betracht kommenden Tatbestände die unrechtmäßige Besitzentziehung und den dadurch verursachten Schaden als gemeinsames Merkmal haben, liegt auch eine Identität der Individualisierungsmomente im Sinne Lents und damit muß auch Einheit des Tatbestandes angenommen werden. Es würde also Gesetzeskonkurrenz vorliegen. Lent ordnet für einen derartigen Fall die Kombination der Rechtsfolgen an. Schmidt (S. 177) läßt in diesem Falle Alternativität Platz greifen. Das heißt, er stellt dem, zu dessen Vorteil die beiden Gesetze erlassen sind, beide Rechtsfolgen zur Wahl (Schmidt, S. 82, I).

Eine derartige Lösung würde aber eher unter den Begriff der Anspruchskonkurrenz einzuordnen sein. Denn hier bestehen zwei Rechtsfolgen — also auch zwei Tatbestände — nebeneinander; der Berechtigte hat nur die Wahl, sich für den ihm günstigeren zu entscheiden. Er steht sich dann also nicht so gut wie derjenige, dem die rechtlichen Vorteile beider Bestimmungen infolge der Einheit des Anspruchs und Kombination der Rechtsfolgen zugute kommen.

Aber nur diese Lösung kann in dem hier vorliegenden Falle die richtige sein.

Das Ziel beider Normen ist hier, den Schaden, der durch das unrechtmäßige Handeln beim Besitzerwerb entstanden ist,

durch den unrechtmäßigen Besitzer ersetzen zu lassen. Allein es will diesen in dem einen Fall (des § 990/89) nicht so streng haften lassen wie den, der den Rechtsfrieden bricht (§ 992); daher läßt es in diesem Fall die deliktischen Folgen, also auch Haftung für Zufall Platz greifen, ohne daß hierbei die deliktischen Voraussetzungen erfüllt zu sein brauchen. Es würde nun dem Sinn dieser Gesetzgebung widersprechen, wenn in dem Falle, daß hier zugleich der mildere Tatbestand (§ 990/89) ebenfalls erfüllt wird, entweder nur diese Rechtsfolgen oder aber die strengeren Platz greifen. Wenn beide Tatbestände auf ihn anwendbar sind, derart, daß sie zu einer Tatbestandseinheit zusammengefaßt werden, so muß der unberechtigte Besitzer hier auch die Rechtsfolgen beider, soweit sie für ihn ungünstig sind, in Form einer kombinierten Rechtsfolge gegen sich gelten lassen. Es leuchtet hierbei ein, daß derjenige, der schon gegen den nicht schuldhaft handelnden Besitzentzieher und Rechtsfriedensbrecher einen Anspruch hat, für den Fall, daß dieser bei einem derartigen Verhalten sogar grobfahrlässig oder sogar vorsätzlich handelt, und den danach entstehenden Schaden schuldhaft verursacht, erhöhte Rechtsvorteile genießen muß. Das muß sich vor allem darin auswirken, daß sich bei einer solchen Handlungsweise der Besitzstörer nicht mehr auf die kurze Verjährungsfrist des § 852 BGB. berufen kann, sondern daß für ihn hier die Vorschriften der §§ 990/89 und 195 gelten. Auch kann er sich nicht auf den § 32 ZPO. berufen, falls dieses für ihn von Vorteil wäre. Eine derartige Lösung würde auch mit der Reichsgerichtsentscheidung 117/425 übereinstimmen.

§ 14: b) Das Verhältnis der Ansprüche aus dem Eigentum zu den Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen.

Nicht immer ist es der Fall, daß, wie hier, zwei Eigentumsbestimmungen (§§ 990/89, 992) [103]) mit den Deliktsregeln zusammentreffen. Es ist daher notwendig, zuerst einmal das Zusammentreffen des § 990/89 mit dem Deliktsrecht zu betrachten. Mit Hilfe der hier gewonnenen Ergebnisse wird es dann leichter fallen, die Lösung der Konkurrenz beider Normen mit den Regeln der unerlaubten Handlungen zu finden. Die herrschende Meinung [104]) vertritt den Standpunkt, daß im Verhältnis vom Eigentümer zum Besitzer alle Rechtsbeziehungen durch die §§ 987 ff. geregelt werden, daß daher auch eine Verletzung des Herausgabe-

103) Vgl. Teil II, § 5, 1.

104) Vgl. RGRKomm. zu § 823 Anm. 8; Schmidt, S. 176; Dietz, S. 197 u. a. m.

verlangens — wie dieses immer bei bösgläubigem Besitzerwerb und nachfolgender schuldhafter Vereitelung der ungeminderten Herausgabe der Sache der Fall ist — nur unter diese Bestimmungen, also hier unter § 990/89, nicht aber auch unter § 823 fällt; es sei denn, daß auch der Tatbestand des § 992 bei gleichzeitiger Erfüllung eines Delikttatbestandes vorliegt. Dieser Ausschluß der Eigentumsnormen wird mit dem Gegenschluß aus § 992 begründet. Dieser ist dann so zu lesen, daß die Deliktsregeln bei Erfüllung ihrer Tatbestände in den Fällen der §§ 987 ff. nur dann anzuwenden sind, wenn der Besitz durch strafbare Handlung oder verbotene Eigenmacht erlangt worden ist.

Dieser vom Wortlaut des § 992 abweichenden Meinung kann nicht gefolgt werden. Denn einmal heißt es dort: „. . . so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen" und nicht: s o f i n d e t zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer das D e l i k t s r e c h t A n w e n d u n g. Dann aber folgt auch aus den im vorausgegangenen Paragraphen (§ 13) angeführten Gründen, daß man nicht das Deliktsrecht auf Grund des § 992 ausschließen kann, wenn in diesem Paragraphen gar nicht von der Anwendung der Deliktsregeln, sondern nur von der Anwendung der Deliktsfolgen die Rede ist [105]).

Aus dem Wortlaut des § 992 kann also nicht auf einen Ausschluß der Deliktsregeln für den Fall einer schuldhaften Vereitelung der ungeminderten Herausgabe einer Sache (§§ 987 ff.) geschlossen werden.

Dennoch ist an der Richtigkeit des Ergebnisses, soweit es hier die Anwendung des § 990/89 anbelangt, festzuhalten. Und zwar aus folgenden Gründen: Konkurrenz liegt zwischen § 990/89 und § 823, I vor. Das hier in Betracht kommende äußere Geschehen paßt unter diese beiden abstrakten selbständigen Gesetzeshaupttatbestände [106]).

Es liegt auch Tatbestandseinheit und damit Gesetzeskonkurrenz vor. Denn im Tatbestand der unerlaubten Handlungen sind die Individualisierungsmomente die Handlung und das verletzte Recht (Lent, S. 103). Im Tatbestand unserer unerlaubten Handlung sind die Handlung — a l s o d i e V e r e i t e l u n g d e r (u n g e m i n d e r t e n) H e r a u s g a b e [107]) und d a s v e r l e t z t e

105) So richtig: Lent, S. 265.

106) Vgl. oben Teil II § 5.

107) Lent (S. 267) nennt hier die Zerstörung und nicht die Vereitelung der ungeminderten Herausgabe als Individualisierungsmoment. Doch besteht zwischen diesen beiden Formulierungen kein großer Unterschied. Die Vereitelung der ungeminderten Herausgabe ist deshalb als IM bezeichnet worden, um auch die Fälle zu erfassen, in denen der Schaden — wie unser konkretes Beispiel zeigt — nicht durch Zerstörung, sondern durch unberechtigte Wei-

Eigentum als verletztes Grundrecht die Individualisierungsmomente [108]).

Im Tatbestand des § 990/89 ist die Vereitelung der ungeminderten Herausgabe Individualisierungsmoment. Für den Tatbestand des § 992 gilt dasselbe [109]).

Es liegt daher Identität der Individualisierungsmomente oder Einheit der Tatbestände vor, die sich hier schneiden. In diesen Umständen ist also das Moment zu finden, welches die Konkretisierung, also die selbständige Bildung der konkreten Tatbestände jeder dieser Normen verbietet.

Jedoch handelt es sich hier nicht nur um sich schneidende Tatbestände im Sinne der Idealkonkurrenz. Es liegt außerdem noch Konsumtion [110]) vor. Denn der Tatbestand des § 990/89 muß im Falle seiner vorläufigen Konkretisierung den Tatbestand der unerlaubten Handlungen (§ 823, I BGB.) erfüllen. Ein Besitzer, der den Besitz bösgläubig erlangt und danach schuldhaft die Unmöglichkeit der ungeminderten Herausgabe einer Sache verursacht, verletzt immer vorsätzlich oder fahrlässig das Eigentum, also eines der in § 823 aufgeführten Rechte. Die beiden Tatbestände decken sich also derart, daß der des § 990/89 noch einige besondere Momente hinzufügt, um die in ihm bezeichneten Rechtsfolgen nach sich zu ziehen. Dennoch stehen die beiden Bestimmungen nicht zueinander im Verhältnis der Spezialität [111]). da der § 990/89 die Schadensersatzverpflichtung unter einem ganz anderen Gesichtspunkt regeln will als die Bestimmungen der unerlaubten Handlungen. § 990/89 regelt den Schadensersatz nur unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der (ungeminderten) Herausgabe einer Sache. Es ist dabei nicht der Zweck dieser Bestimmung, einen Spezialfall der unerlaubten Handlung regeln zu wollen. Das ergibt sich schon daraus, daß diese im Anschluß an die §§ 985/86 ff. im Sachenrecht niedergelegt und nicht in die Tatbestände der unerlaubten Handlungen eingereiht worden ist. Es handelt sich mithin nicht um gleichartige Tatbestandstypen (Lent S. 192). Es liegt daher zwischen § 990/89 und § 823 nur Konsumtion vor, wobei der Tatbestand des § 990/89 den des § 823 umfaßt (vgl. Lent S. 270). Nun eine Unterschei-

---

terveräußerung, also gleichsam durch einen durch den Besitzer verursachten „Untergang" der Sache entstanden ist.

108) Vgl. Lent, S. 267.

109) Vgl. oben § 2 II b, 1.

110) In Anlehnung an den von Lent (§ 3, S. 17 ff. und § 13, II S. 193) gefaßten Begriff.

111) A. A.: Prym, S. 71/72, der Spezialität bejaht, daher auch zu dem gleichen Ergebnis kommt.

dung derart zu machen, daß man, nachdem Konsumtion festgestellt ist, diese auch besonders im Verhältnis zu § 823, II festzustellen gezwungen ist, so daß man dann möglicherweise zu einem anderen Ergebnis wie bei § 823, I käme (daß also im Falle des Abs. 2 nicht Ausscheidung des § 823 in Betracht käme) erübrigt sich [112]). Denn die Bestimmungen in Abs. I und II ergänzen sich derart, daß sie zusammen einen einheitlichen Tatbestand mit einer einheitlichen Rechtsfolge bilden [113]). Der Absatz II erweitert nur den Kreis der Tatbestandsvoraussetzungen für die im Absatz I bezeichnete Rechtsfolge. In beiden Bestimmungen ist die Handlung (beim Abs. II in Gestalt des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz) die Verletzung eines der im Abs. I angeführten Rechtsgüter [114]) (Lent S. 221). Da also ein einheitlicher Tatbestand des § 823 vorliegt, so gilt auch das oben hinsichtlich der Konsumtion Ausgeführte nicht nur auf den Tatbestand des Abs. I, sondern auf den gesamten einheitlichen Tatbestand des § 823 BGB.[115]). Haben wir es also mit einem Fall des Zusammentreffens der §§ 990/89, 823, I und II zu tun — Verletzung des Abs. I liegt ja in unseren Fällen immer vor —, so wird Abs. II jedenfalls mit ausgeschieden. § 990/89 käme dann allein zur Anwendung.

Auch aus dem § 993, I BGB. ließe sich ein Hinweis auf den Auschluß der Deliktshaftung entnehmen [116]).

Zwar schließt der § 993 seinem Wortlaut gemäß nur die Schadensersatzansprüche der §§ 989 ff. für den Fall des Nichtvorliegens der Voraussetzungen der §§ 989 ff. aus. Doch bemerkt hierzu Lent (S. 273) mit Recht, daß der § 993 dann nur eine Selbstverständlichkeit ausdrücken würde, wenn er nur die sich aus den §§ 989 ff. ergebenden Schadensersatzansprüche ausschließen würde. Es müssen daher auch andere Schadensersatz-

---

112) Prym, a. a. O., S. 86 ff. macht eine solche Unterscheidung derart, daß die §§ 823, II, 826 in umgekehrtem Verhältnis zu § 823, I leges speciales zu den §§ 987 ff. (also auch zu § 990) sind.

113) Vgl. de Boor, Gruch. 61/763 über die §§ 823, I und II, 826.

114) Vgl. Dietz, S. 205 ff., der eine Unterscheidung der bezeichneten Art für unmöglich hält.

115) Ähnlicher Ansicht auch wohl Lent, S. 266, da dort nur von Konsumtion des § 823 die Rede ist und keinerlei Unterteilung zwischen den Tatbeständen des Abs. I und II gemacht wird.

116) So Lent, S. 275 (allerdings nur mittelbar) und Prym, S. 73/74 (schwankend); Siber, a. a. O., S. 122. A. A.: Schmidt, S. 177, der dem § 993 nur für den Fall des Mangels der Voraussetzungen der §§ 989 ff. eine, das Deliktsrecht ausschließende Bedeutung beimißt. A. A.: auch Dietz, S. 195/96, der dem § 993 überhaupt nur für die Fälle des Nichtvorliegens der Voraussetzungen der §§ 987 ff. gelten läßt, und diesen Paragraphen dann im Gegensatz zur herrschenden Meinung nur insoweit Bedeutung zumißt, als es sich um Schadensersatzansprüche handelt, die sich aus der Verletzung des dem § 985 zugrunde liegenden Schuldverhältnisses ergeben.

ansprüche, also auch in erster Linie die Deliktsansprüche gemeint sein [117]).

Bei einer deratigen Auslegung zeigt sich, daß zwar hieraus immer noch nicht auf eine Ausschaltung der Deliktsvorschriften für den Fall des Vorliegens der §§ 989 ff. geschlossen werden kann, daß sich aber doch ein Hinweis darauf entnehmen läßt, daß der § 993 den Tatbeständen der §§ 989 ff. möglichst alleinige Geltung verschaffen will. Daraus wird ersichtlich, daß eine Lösung der Konkurrenz, die die Ausschaltung des Deliktsrechts durch die §§ 987 ff. zum Ergebnis hat, nicht falsch sein kann, sondern an Beweiskraft gewinnt (so auch Lent, S. 275).

Ähnliches kann dagegen nicht hinsichtlich der Anwendung des § 826 gelten. Zwar würde sich dieser nach der hier angewandten Untersuchungsmethode hinsichtlich seines Tatbestands mit dem der Abs. I und II des § 823 schneiden und gleiche Individualisierungsmomente haben, also ebenso mit diesen einen einheitlichen Tatbestand bilden [118]); dennoch nimmt der § 826 in unserem bürgerlichen Recht eine Sonderstellung ein, kraft deren er sich nicht in den Rahmen der übrigen Bestimmungen einordnen läßt und daher einer besonderen Betrachtungsweise unterworfen bleibt.

Der § 826 stellt einen Rechtsgrundsatz auf, der für alle Fälle unserer Rechtsordnung oberster Leitsatz bleiben soll. Das Verbot sittenwidrigen, dem gesunden und natürlichen Rechtsempfinden von Billigkeit und Anstand widersprechenden Verhaltens muß in jedem Einzelfalle beachtet werden. Wird hiergegen verstoßen, so müssen den Täter immer die im § 826 enthaltenen Rechtsfolgen treffen. Dieses Verbot ist eine der Grundlagen unserer Rechtsordnung, so daß es auch dann beachtet werden müßte, wenn es nicht ausdrücklich im § 826 aufgestellt worden wäre. Daß dieses ausdrücklich geschehen ist, darf nur in dem Sinne ausgelegt werden, daß in Fällen, in denen sich das positive Recht mit diesem Rechtsansatz anscheinend im Widerspruch befindet, diese auch kraft besonderer gesetzlicher Anordnung zur Geltung verholfen wird und so dem Richter keine Schwierigkeiten in der Anwendung dieses Grundsatzes [119]) infolge an-

117) Lent, S. 274, allerdings nur insoweit, als unrechtmäßiger Besitz vorliegt. Auf diese umstrittene Frage einzugehen, erübrigt sich hier; denn der bösgläubige Besitz, um den es sich hier handelt, ist sowieso immer unrechtmäßig. Vgl. Anm. 98 auf S. 55 d. Arb.

118) Vgl. Lent, S. 226 ff., Oertmann, Komm. § 826, 7; vgl. de Boor, a. a. O.: Ähnlicher Ansicht: Dietz S. 206, jedoch nicht im Endergebnis, so daß man hier ebenso zu dem Ergebnis kommen könnte, wie oben hinsichtlich der §§ 990/89, 823, I und II demzufolge dann § 826 durch § 990/89 konsumiert würde.

119) „... der schon in den §§ 242, 138 BGB. enthalten ist", Dietz, S. 206.

scheinend widersprechender Rechtssätze entstehen. Es kann daher keine Auslegung anerkannt werden, die dem § 826 eine subsidiäre Bedeutung derart beimißt, daß dieser nur dann Geltung haben kann, wenn der in Betracht kommende Tatbestand nicht anderweitig schon eine gesetzliche Regelung gefunden hat. Fällt daher ein konkreter Vorfall unter den § 826, so darf dieser, auch wenn dieses äußere Geschehen schon anderweitig eine gesetzliche Regelung gefunden hat, nie derart ausgeschlossen werden, daß dem durch das sittenwidrige — dem gesunden Rechtsempfinden widersprechende — Verhalten Geschädigten durch das Ausscheiden des § 826 eine ungünstigere Rechtslage entstände [120]). Hieraus ergibt sich hinsichtlich des Vorliegens von Konkurrenz mit dem § 826 folgendes:

Liegen verschiedene Tatbestände vor, so haben wir es mit Anspruchskonkurrenz zu tun. Liegt Tatbestandseinheit vor, so kann diese nicht zum Ausschluß des § 826 führen. Der § 826 kann also nie im Falle von Tatbestandseinheit das generelle und konsumierte oder aus einem anderen Grunde ausgeschlossene Gesetz sein [121]). Dagegen kann der § 826 wohl theoretisch — was aber meistens nicht der Fall sein wird — das spezielle oder konsumierende Gesetz sein. Als die allein in Betracht kommende und sich am häufigsten ergebende Möglichkeit — für den Fall der Gesetzeskonkurrenz — bleibt hier die Idealkonkurrenz übrig. Danach werden Tatbestand und Rechtsfolgen des § 826 mit denen des anscheinend konkurrierenden Gesetzes vereint, so daß dem Geschädigten die günstigste Rechtslage zugute kommt.

Auf vorliegenden Fall angewandt, ergibt sich daraus folgendes: Der Tatbestand des § 990/89 bildet mit dem des § 826 einen einheitlichen Tatbestand. Die Individualisierungsmomente sind die gleichen. Handlung und verletztes Rechtsgut [122]). Dagegen umfaßt der Tatbestand des § 826 nicht den des § 990/89; denn der § 990/89 enthält auch Fälle des nicht vorsätzlichen Handelns. Auch will der § 826 nicht die spezielle Vorschrift zu § 990/89 sein. Spezialität kommt daher nicht in Betracht, desgleichen nicht Konsumtion. Das ergibt sich schon aus dem Fehlen der Widerrechtlichkeit im Falle des § 826 [123]). Es bleibt also

120) Gleicher Ansicht Dietz, S. 206; trotz der von ihm als richtig anerkannten Lehre vom Ausschluß der unerlaubten Handlungen durch die §§ 987 ff. auf Grund des Gegenschlusses aus dem § 992.

121) So auch Siber, S. 117, 118.

122) Im Falle des § 990/89 ist das verletzte Rechtsgut das Eigentum, im Falle des § 826 das Vermögen schlechthin. Doch ist das Vermögen nur deswegen vermindert, weil das Eigentum verletzt wurde. Es besteht also insoweit keine Verschiedenheit der Individualisierungsmomente. Vgl. ähnliche Ansicht von Dietz, S. 206 zu den §§ 823, I, 826 BGB.

123) Vgl. Lent, S. 226 über § 826.

die letzte Möglichkeit, die Idealkonkurrenz. Diese wird auch dem hier zu behandelnden Falle am meisten gerecht. Es bilden mithin die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 826, 990/89 zusammen einen einheitlichen Tatbestand mit einheitlicher Rechtsfolge zugunsten des sittenwidrig geschädigten Eigentümers. Im Falle des bösgläubigen Besitzerwerbs und nachfolgender schuldhafter Unmöglichkeit der Herausgabe an der Sache ergeben sich somit für den Fall, daß nur die Bestimmungen der §§ 990/89 sowie die der unerlaubten Handlungen zusammentreffen, folgende Lösungen:

Die Vorschriften des § 990/89 konsumieren immer die des § 823. Die Deliktsregeln kommen also nicht zur Anwendung.

Dagegen entsteht im Falle des Zusammentreffens des § 990/89 mit dem § 826 ein Tatbestand mit einer einheitlichen, zugunsten des geschädigten Eigentümers zusammengefaßten und ergänzten Rechtsfolge.

Trifft § 990/89 mit den §§ 823 und 826 zusammen, so werden die §§ 823, I und II durch § 990/89 konsumiert und ausgeschieden, so daß nur die §§ 990/89, 826 übrig bleiben und miteinander in Idealkonkurrenz stehen.

Trifft nun auch der § 992 mit den §§ 990/89, 823 zusammen, so trifft der § 992 in Wahrheit — da § 823 durch § 990/89 konsumiert wird — nur mit § 990/89 zusammen. Es bleibt also das oben (§ 13 4 a) festgestellte Ergebnis unverändert bestehen. § 990/89 steht zu § 992 im Verhältnis der Idealkonkurrenz.

Treffen nun außerdem die §§ 990/89, 992, 823 I und II mit dem § 826 zusammen, so ergeben sich folgende Möglichkeiten:

1. Die §§ 990/89, 992 treffen mit dem § 823 und § 826 zusammen. Dann werden die §§ 823 (I und II) durch § 990/89 konsumiert und § 826 steht mit dem § 990/89, § 992 in Idealkonkurrenz.
2. Die §§ 990/89, 992 treffen nur mit § 826 zusammen, dann bleibt das Ergebnis das gleiche.

§ 15: c) Das Verhältnis der Ansprüche aus dem Eigentum zu den Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Der Tatbestand des § 990 S. 1 (in Verbindung mit § 989) kann auch mit den Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung zusammentreffen.

In unserem Falle handelt es sich um die Bestimmungen des § 818 Abs. 2, wenn die Unkenntnis des mangelnden Rechtsgrundes auf Fahrlässigkeit schlechthin beruht. Die Bestimmungen des § 819, I dagegen kommen zur Anwendung, wenn der Mangel des Rechtsgrundes dem Erwerber bekannt ist.

Da, wie unser Beispiel zeigt, diese beiden Bestimmungen dem äußeren Anschein nach auf unseren Fall anwendbar sind, es sich auch dabei um dasselbe äußere Geschehen handelt, welches auf die oben behandelten Gesetzestatbestände — wenigstens dem Anschein nach — paßt, so liegt das Problem der Konkurrenz der Bereicherungsnormen mit Sachenrechts- und Schuldrechtsnormen vor (§§ 818, 819, 990, 992, 823, 826 BGB.).

Da der Tatbestand des § 990/89 im Falle des bösgläubigen Besitzerwerbs dem Eigentümer gegenüber immer vorliegen muß und im Falle der Konkurrenz die Ansprüche aus dem § 823 konsumiert werden (vgl. oben § 14, IV b S. 58 ff.), so können diese Normen im Falle des bösgläubigen Besitzerwerbs nicht mit den Bereicherungsnormen noch einmal konkurrieren. Ihre Anwendbarkeit ist daher in diesen Fällen von vornherein ausgeschlossen.

Anders verhält es sich dagegen mit den Normen der §§ 826, 992. Diese werden nicht ohne weiteres durch die immer in Betracht kommende Bestimmung des § 990/89 ausgeschlossen.

Ehe aber das Verhältnis dieser Bestimmungen zu den hier vorliegenden Bereicherungsnormen untersucht werden soll, empfiehlt es sich, zuvor die Lösung der Konkurrenz dieser Bestimmungen mit den notwendigerweise immer vorliegenden Normen des § 990/89 zu finden. Sollte es sich hierbei ergeben, daß die §§ 818, 819 ausgeschlossen werden, so würde dadurch eine weitere Untersuchung hinsichtlich der Konkurrenzen der Normen zu den anderen in Betracht kommenden Bestimmungen überflüssig werden.

Die Frage, ob die §§ 818, II, 819, I mit dem § 990/89 konkurrieren (Anspruchskonkurrenz), oder ob sie ausgeschlossen werden, so daß im Ergebnis nur eine Rechsfolge stehen bleibt (Gesetzeskonkurrenz), ist mit dem Problem der Konkurrenz der Bereicherungs- mit den Eigentumsansprüchen eng verknüpft; denn sowohl die §§ 990/89, als auch die §§ 818, 819 sind Ersatzansprüche für den Fall, daß der ursprünglich bestehende Eigentums- (§§ 989, 986) bzw. Besitzbereicherungs- (§ 812) Herausgabeanspruch begründet war. Das ursprüngliche Bestehen dieser Ansprüche ist Voraussetzung für das Vorliegen der §§ 990/89, 818, II und 819, I. Denn diese sollen nur für den Fall gelten, daß die an sich begründeten Herausgabeansprüche infolge von Unmöglichkeit der Erfüllung derselben wertlos geworden sind[124]). Besteht demnach Grund zur Annahme des Ausschlusses des § 812 durch § 985 oder umgekehrt, so würde das auch für deren Ersatzansprüche gelten.

---

124) Vgl. Lent S. 259 über die §§ 989, 90; v. Mayr, S. 599 ff. über die §§ 818, 819.

Fast allgemein unbestritten ist hier, daß eine Verschiedenheit der Tatbestände [125]) vorliegt [126]), und daß diese durch die Verschiedenheit der Individualisierungsmerkmale bedingt ist.

Unrichtig dagegen wäre es, allein schon aus dieser Einheit bzw. Verschiedenheit der Tatbestände auf Einheit bzw. Mehrheit der Rechtsfolgen zu schließen [127]). Rechtsfolgen- und damit wahre Tatbestandseinheit (Gesetzeskonkurrenz) bzw. Rechtsfolgen- und Tatbestandsmehrheit (Anspruchskonkurrenz) steht letzten Endes erst dann fest, wenn festgestellt ist, ob Konkretisierungsverbote vorhanden sind oder nicht. Das Vorliegen solcher Merkmale ist aber nicht immer an die Identität bzw. Verschiedenheit der Individualisierungsmerkmale gebunden. Wenn also auch in der Identität der Individualisierungsmomente ein Konkretisierungsverbot zu erblicken ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß bei mangelnder Identität keine Rechtsfolgen und damit Tatbestandseinheit [128]) vorliegt [129]). Zu einem derartigen Ergebnis kann man aber im Hinblick auf die Tatbestandseinheit nur gelangen, wenn man der hier geäußerten Auffassung vom Tatbestand [130]) folgt. Nur dann, nämlich beim Fehlen von allen Konkretisierungsverboten besteht Gesetzeskonkurrenz im Sinne von Tatbestands- und Rechsfolgeneinheit. Nur dann kann man auch die Fälle der Subsidiarität der hier gegebenen Definition der Gesetzeskonkurrenz (S. 45) unterordnen [131]). Denn in diesem Falle handelt es sich ja anscheinend um eine Tatbestandsmehrheit bei Rechtsfolgeneinheit infolge Ausschlusses der konkurrierenden Rechtsfolgen [132]).

Die Meinung nun, daß im Falle der Konkurrenz zwischen Bereicherungsnormen (§§ 812 ff.) und dinglichen Rechten Verschiedenheit und Mehrheit der Tatbestände besteht und daß demgemäß Anspruchskonkurrenz vorliegt, galt als herrschend und war lange Zeit in der Rechtsprechung des Reichsgericht [133]) anerkannt.

Zugunsten eines Nebeneinanderbestehens dieser Ansprüche

125) Tatbestand ist hier in der alten Bedeutung (vgl. § 12, III g S. 45 ff. über diesen Begriff) zu verstehen.

126) Vgl. Lent, a. a. O., S. 340, Heuer, a. a. O., S. 33/34; v. Mayr, a. a. O., S. 170/71, 388.

127) So auch Lent, S. 17 ff., S. 27, der die Subsidiarität (Tatbestandsmehrheit) als eine Unterart der Gesetzeskonkurrenz (Rechtsfolgeneinheit) auffaßt.

128) In dem hier (§ 12, III g) erläuterten Sinne.

129) Vgl. Lent, Über Subsidiarität, S. 17 ff., 27.

130) Vgl. Definition § 12 III g S. 47.

131) Ohne daß man darauf verzichten muß, Tatbestandseinheit zu erkennen.

132) Lent, Über Subsidiarität, S. 17 ff., 27.

133) RGZ. 129/311.

(Anspruchskonkurrenz) äußern sich im einzelnen Planck [134]), Staudinger [135]), das Reichsgericht [136]) und eine große Anzahl von Schriftstellern [137]). Doch werden vielfach Ausnahmen besonders hinsichtlich der Besitz- und Eigentumsansprüche zugelassen [138]). Zugunsten eines Ausschlusses bzw. einer Subsidiarität der §§ 812 ff. im Falle des Zusammentreffens mit den §§ 985 ff. äußern sich Oertmann [139]), der Reichsgerichtsrätekommentar [140]), Siber [141]), Hedemann [142]), Lent [143]), Jung [144]), Heuer [145]) und in letzter Zeit auch wieder das Reichsgericht, welches damit wieder zu seiner alten Auffassung zurückgekehrt ist [146]).

Es würde zu weit führen, sich im einzelnen mit jeder dieser verschiedenen Meinungen zu befassen! zumal da diese Frage in unseren Fällen von nicht allzu großer praktischer Bedeutung ist. Denn der sich auf dingliches Recht stützende Eigentümer wäre sowohl im Hinblick auf den Beweis —, als auch hinsichtlich der

---

134) Planck Vorbem. 5 zu den §§ 812 ff.

135) Staudinger, Vorbem. 6 zu den §§ 812 ff.

136) RGZ. 129/311; 48/139 und JW. 1919, 715.

137) Vgl. Plessen, a. a. O., S. 124; v. Mayr, S. 389: „Der Eigentümer kann sich in allen Fällen statt des Eigentumsanspruchs des Besitzbereicherungsanspruchs bedienen, wenn der seinem Eigentumsanspruch zugrunde liegende Tatbestand im einzelnen Falle zugleich den der Besitzbereicherung auf seine Kosten in sich schließt." S. 391: Auch an dieser Stelle äußert sich v. Mayr gegen Idealkonkurrenz. Jung, a. a. O., S. 43 ff. läßt Ausnahmen im Falle des Zusammentreffens der §§ 812 ff. mit Eigentumsansprüchen zu. Im übrigen ist auch er gegen Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs.

138) Vgl. hierüber Heuer, a. a. O., S. 11.

139) Vgl. Vgl. Oertmann Vorbem. zu den §§ 812 ff.

140) RGRKomm. Vorbem. 6 a zu den §§ 812 ff. und § 987, I.

141) Siber, a. a. O., S. 130, b. Hier läßt er die Eigentumsbestimmungen im Falle der Konkurrenz Sonderbestimmungen der §§ 812 ff. sein. „Die Anwendung des allgemeineren § 818 ist deshalb ausgeschlossen, wo die Voraussetzungen des Vindikationsanspruchs vorliegen."

142) Hedemann, a. a. O., § 65, V a S. 425 ff.

143) Allerdings spricht sich Lent (S. 342—45) für Anschluß der Bereicherungsansprüche gegenüber den Besitzansprüchen im Sinne der Konsumtion (und nicht Subsidiarität) aus und zieht hieraus Vergleiche auf das Verhältnis zu den dinglichen Rechten im allgemeinen (S. 340), doch kann man wohl annehmen, daß auch er im Ergebnis mit den Schriftstellern übereinstimmt, die sich zugunsten von Ausschluß bzw. Subsidiarität der §§ 812 ff. durch die §§ 985 ff. geäußert haben.

144) Jung, a. a. O., S. 43 läßt ausnahmsweise Ausschluß der Bereicherungshaftung zu (vgl. oben S. 115 Anm. 7). Aber aus dem Gesichtspunkt des Mangels am Tatbestand. „... wo durch einen tatsächlichen Vorgang die Rechtsposition des Kondizienten gar nicht verschlechtert ist — was sich darin zeigt, daß er alle Rechtsmittel (die Eigentumsansprüche, der Verf.) hat — da hat er keine condictio".

145) Heuer, a. a. O., S. 7, 33 ff.

146) RGZ. in Seuff. Arch. Nr. 212 und JW. 1912, 690 und neuerdings in RGZ. 137/206; 1 3 5 / 173.

Verjährungsvorschriften — mit Ausnahme des Anspruchs gegen den unentgeltlichen Dritterwerber (§§ 822, 195) — besser gestellt [147]) als wenn er sein Verlangen auf die ungünstigeren Bereicherungsnormen (§§ 818, II, 819, I) stützen würde.

Dennoch kann nicht ohne Widerspruch über eine Anschauung hinweggegangen werden, nach welcher die Bereicherungsnormen im Verhältnis zu den §§ 985 ff. wegen Mangels am Tatbestand ausgeschlossen werden und somit — mit anderen Worten — das Vorliegen einer Konkurrenz dieser beiden Gruppen von Rechtssätzen überhaupt geleugnet wird [148]). Dieser Anschauung liegt die Erwägung zugrunde, daß derjenige nicht auf Kosten eines anderen bereichert ist, der das Erlangte ohnehin kraft eines dem Berechtigten zustehenden Anspruchs herauszugeben verpflichtet ist. Kann also der Bereicherungsgläubiger das vom Bereicherungsschuldner Erlangte ohnehin kraft seines Eigentums herausverlangen, so ist der Bereicherte nicht bereichert; denn er kann ja in seiner Rechtsposition keinen Vorteil verzeichnen. Sein Vermögen ist durch diesen Anspruch (§ 985) wieder vermindert. Das trifft wohl insofern zu, als das Eigentum dem Besitzer nicht zusteht, er um dieses also nicht bereichert ist. Doch ist diese Meinung insofern irrig, als auch der Besitz einer Sache dem Besitzer, auch wenn er dazu nicht berechtigt ist, einen tatsächlichen wirtschaftlichen Vorteil bietet oder bieten kann. Mit Recht sagt hier Heuer (S. 6), daß der Besitzwert nicht gleich Null sei und daß der Wert des sogen. Konkurrenzanspruchs — § 985 — nicht immer mit dem Wert der geschuldeten Leistung — dem erlangten Besitz — identisch sei. Denn auch der Kaufmann bucht nicht die Entstehung, sondern die Erfüllung eines Anspruches. Der Besitz einer Sache kann oft wertvoller sein als der auf Herausgabe derselben gerichtete Anspruch. Es kommt daher bei der Bereicherung auf die tatsächlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte an, nach denen zu beurteilen ist, ob der Bereicherungsschuldner auf Kosten des Gläubigers bereichert ist. Demnach kann aus der Tatsache, daß neben dem Bereicherungsanspruch des Gläubigers ein Eigentumsanspruch entstanden ist, nicht der Schluß gezogen werden, daß hierdurch die Rechtsstellung des Bereicherten derart gemindert sei, daß infolge dieser Minderung das Merkmal einer Bereicherung nicht mehr vorliegt. Das Tatbestandsmerkmal der Bereicherung im Hinblick auf den erlangten Besitz kann und wird daher meistens noch vorliegen. Daher kann der Meinung nicht gefolgt werden, daß es beim Zusammentreffen von Eigentums- (§§ 985 ff.) und Besitzbereicherungsansprüchen

147) Vgl. hierüber Heuer, S. 35 ff.

148) Jung, a. a. O., S. 43; v. Mayr, S. 388 (hinsichtlich der Nutzungen, §§ 987 ff.).

(§§ 812 ff.) notwendigerweise am Tatbestandsmerkmal der Bereicherung mangele und daß demnach die Voraussetzungen der §§ 812 ff. nicht vorhanden seien. Es liegen somit keine Umstände vor, aus denen auf mangelnde Konkurrenz geschlossen werden kann.

Dagegen ist aus anderen Gesichtspunkten zu erkennen, daß die Eigentumsansprüche hier den Bereicherungsnormen vorgehen und diese ausschließen. Beide Ansprüche verlangen dieselbe tatsächliche Leistung, nämlich die Herausgabe der Sache und die Wiedereinräumung des Besitzes [149]). Also denselben Wert.

Im Falle der Unmöglichkeit dieser Leistung werden in den beiden Normengruppen verschiedene Haftungsgrundsätze aufgestellt, und zwar derart, daß der Besitzer dem Eigentümer gegenüber weit schärfer haftet als dem bloßen Bereicherungsgläubiger gegenüber. Das deutet darauf hin, daß das Eigentum hier im Verhältnis zu den Bereicherungsansprüchen das stärkere Recht ist. Es kann nun aber nicht im Sinn des Gesetzgebers gelegen haben, das Eigentum als das stärkere Recht auszuschließen, wenn es mit Normen zusammentrifft, die aus ganz anderen Gesichtspunkten eine mildere Haftung anordnen. Ein derartiges Ergebnis würde praktisch zu einer Ausschaltung der §§ 985 ff. bei einem großen Teil ihres Anwendungsgebiets führen. Denn der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz nicht berechtigte Besitzer wird sehr häufig um den Besitz auf Kosten des Eigentümers bereichert sein. Auch liegen keine sonstigen Umstände vor, aus denen zu entnehmen wäre, daß die §§ 812 ff. von ausschließlicher Bedeutung sein wollen. Es ist daher unbestritten, daß die Eigentumsnormen bei ihrem Zusammentreffen mit den Bereicherungsnormen nicht ausgeschlossen werden. Da eine Tatbestandseinheit im Sinne der Identität der Individualisierungsmerkmale nicht vorliegt [150]), kommt auch eine Idealkonkurrenz und Kombination oder Ergänzung der Rechtsfolgen nicht in Betracht. Es bleiben also nur zwei Lösungen übrig. Die eine würde bei Fehlen von Konkretisierungsverboten die Bildung jedes der beiden konkreten Tatbestände zulassen und damit ein Nebeneinanderbestehen der beiden Tatbestände und Rechtsfolgen im Sinne der Anspruchskonkurrenz als Ergebnis gaben. Die andere Lösung würde bedeuten, daß Gesetzeskonkurrenz vorliegt, daß mithin Umstände bestehen, die eine Bildung nur eines — nämlich des Tatbestands der Eigentumsrechte (§§ 985 ff.) — Tatbestands und einer Rechtsfolge möglich machen.

149) Vgl. Siber, S. 96/97 und Heuer, S. 57.

150) Lent, S. 340: „Das dingliche Recht als Individualisierungsmerkmal fehlt im Tatbestand der Bereicherung."

Am naheliegendsten wäre es, in diesem Falle auf Subsidiarität der Bereicherungsvorschriften zu schließen. In der Tat wird diese Lösung dem Sinn und Zweck der hier konkurrierenden Normen am meisten gerecht.

Die Bereicherungsnormen wollen unter dem Gesichtspunkte gelten, daß sich jemand auf Kosten eines anderen bereichert hat und daß die Bereicherung sonst — mangels anderer Ersatzbestimmungen — nicht auszugleichen ist [151]). Das gilt besonders im Hinblick auf die Eigentumsnormen, wie auch die Fassung der §§ 818, IV 819, I andeutet.

Hiernach finden [152]) die allgemeinen Bestimmungen und damit — im Falle daß die Bereicherung in dem Erlangen des Besitzes eines bestimmten Gegenstandes bestand, dessen Herausgabe schuldhaft unmöglich wurde — § 989 nur Anwendung, wenn der Bereicherungsanspruch rechtshängig geworden ist oder Kenntnis des mangelnden Rechtsgrundes vorlag (§§ 818, IV, 292, 989). In allen übrigen Fällen — also notwendigerweise auch in den Fällen, in denen die bösgläubig fahrlässige Erlangung des Besitzes auf Kosten des Eigentümers die Bereicherung ohne Rechtsgrund darstellt (§ 812, 990/89) — finden demnach die allgemeinen Bestimmungen (§§ 292, 989) auf Grund eines Gegenschlusses keine Anwendung. Denn andernfalls würden nicht in den §§ 818, 819, 292 (und auch im § 820, vgl. Anm. 152) die Fälle aufgezählt werden, in denen auf dem Wege über die allgemeinen Bestimmungen die Eigentumsnormen des § 989 Anwendung finden sollen. So könnte man folgern, und dann zu dem Ergebnis kommen, daß § 989 in allen übrigen Fällen vor Rechtshängigkeit bei fahrlässigerweise mangelnder Kenntnis des Rechtsgrundmangels ausgeschlossen ist. Da aber, wie mehrmals schon dargelegt wurde, die §§ 812 ff. nie eine die Eigentumsnormen ausschließende Bedeutung haben können, und hierüber auch keine Zweifel bestehen, so nötigt das zu der Schlußfolgerung, daß die in den §§ 812 ff. enthaltenen Vorschriften ihren Geltungsbereich überhaupt nicht auf die Tatbestände der §§ 990/89 sowie der Eigentumsregeln überhaupt erstrecken wollen; sie wollen also gar nicht für die Fällen gelten, in denen der bösgläubige fahrlässige Besitzer ohne Kenntnis des Rechtsgrundmangels auf Kosten des Eigentümers um den Besitz allein bereichert wurde.

Da diese Paragraphen 812 (818, 819) ff. überhaupt nicht für die Fälle der §§ 990/89 gelten wollen, kann nicht angenommen

151) Hedemann, a. a. O., § 67, I S. 417: „Er (der Anspruch des § 812 ff.) ist berufen, als Regulator für alle Fälle zu dienen, die sich ohne ihn nicht glatt lösen ließen."

152) Von dieser Betrachtung ausgenommen, sind der Vereinfachung halber die Fälle des § 820, aus denen man ähnliche Schlüsse ziehen könnte.

werden, daß ihre Anwendung gleichzeitig oder neben diesen (Anspruchskonkurrenz) bezweckt sein und im Sinn dieser Vorschriften liegen soll. Sie können also im Verhältnis zu den §§ 985 ff. (und dem § 989 insbesondere) erst dann gelten, wenn diese nicht zur Anwendung gelangen und keinen Ausgleich einer unbefriedigenden Rechtslage herbeiführen können.

Auch aus dem § 993 sind Hinweise darauf zu entnehmen, daß die §§ 985 ff. im Verhältnis zu den §§ 812 ff. allein zur Anwendung gelangen wollen.

Im § 993, I, S. 1 heißt es, daß der dem Eigentümer zur Herausgabe verpflichtete Besitzer [153]) für den Fall, daß die Voraussetzungen der §§ 987—992 nicht vorliegen, die Früchte, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben hat. Das muß bedeuten, daß der zur Herausgabe verpflichtete Besitzer nur nach den §§ 987 ff. und nicht nach den Vorschriften über gerechtfertigte Bereicherung — falls deren Tatbestand passen sollte — haftet, daß aber im Falle, daß die §§ 985—992 nicht vorliegen, für die im § 993, I, 1 bezeichnete Art von Früchten dennoch die Bestimmungen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) zur Anwendung gelangen [154]). Im übrigen ist der Ansicht Lents [155]) zu folgen, nach der die Tendenz des § 993 dahingeht, der Regelung der §§ 987 ff. alleinige Geltung zu verschaffen. Hierin liegt ebenfalls ein Anzeichen dafür, daß die §§ 812 ff. den §§ 987 ff. gegenüber subsidiär [156]) sind.

In diesem Sinne bemerkt auch Heuer (S. 37 ff.) zutreffend, daß der redliche Besitzer [157]), der gemäß § 993, I, 1 nicht zur

---

153) Vgl. Lent S. 273, 274 und oben § 14, IV b (insbesondere S. 62 und Anm. 117 dort); RGZ. 137/210: „soweit es sich bei der Auseinandersetzung zwischen „Eigentümer und Besitzer“ um den Umfang der Herausgabepflicht . . . handelt.“ A. M.: Dietz, S. 195/196: § 993 gilt nur für den (nichtberechtigten) gutgläubigen Besitzer nach Rechtshängigkeit und den tatsächlich berechtigten (also nicht herausgabepflichtigen, d. Verf.) Besitzer.“

154) Aus § 993, I, 2 kann hinsichtlich der Nutzungen insofern nicht auf einen Ausschluß der §§ 812 ff. durch die §§ 987 ff. geschlossen werden, als § 993, I, 2 nur Fälle außerhalb der §§ 987 ff. regelt, ein Gebiet also, in das die hier behandelten Fälle nicht passen (vgl. Lent, S. 274).

155) Lent S. 275 und oben § 14, IV b S. 62.

156) Unter Subsidiarität ist der Fall zu verstehen, daß von zwei, in den Ind. Mom. verschiedenen Tatbeständen, der eine deswegen nicht gebildet werden darf (Konkretisierungsverbot), weil zwischen den beiden Tatbeständen ein Rangverhältnis besteht, vermöge dessen dem anderen eine ausschließliche Bedeutung zukommt. Vgl. Lent, S. 72 ff., Dietz, S. 40 ff, Heuer, S. 8 ff.

157) Gemeint ist wohl der herausgabepflichtige Besitzer (gem. §§ 985/86), der keine der in den §§ 987—992 enthaltenen Voraussetzungen erfüllt hat.

Herausgabe von Nutzungen verpflichtet ist, dieser Rechtsvorteile verlustig gehen würde, wenn die Bereicherungsnormen und damit § 818 neben den Ansprüchen aus dem Eigentum Anwendung finden würden. Auch wäre dann die Aufzählung der vielen einzelnen Tatbestände der §§ 985 ff. überflüssig, wenn das Verhältnis zwischen Eigentümer und herausgabepflichtigem Besitzer in den §§ 812 ff. bereits eine Regelung gefunden hätte (Heuer, S. 37). Es zeigt sich somit, daß die hier in Betracht kommenden Bereicherungsnormen (§§ 818, II, 819, I) durch die Eigentumsregeln (§§ 990/89) im Sinne der Subsidiarität ausgeschlossen werden.

Da in unserem Falle die Regeln der §§ 990/89 immer Anwendung finden, wird hierdurch eine Untersuchung des Verhältnisses der §§ 818, II, 819, I zu den übrigen mit § 990 konkurrierenden Bestimmungen unnötig [158]).

Die praktische Bedeutung der hier erörterten Form der Gesetzeskonkurrenz zeigt sich vor allem bei der Verjährung (vgl. oben S. 67/68).

Wird z. B. die herauszugebende Sache einem Dritten unentgeltlich zugewendet, so beginnt die Verjährungsfrist des Bereicherungsanspruchs gegen diesen erst von dem Zeitpunkt der Zuwendung ab zu zählen (§§ 822 und 195 BGB.). Dagegen beginnt die Verjährungsfrist der Eigentumsansprüche vom Zeitpunkt der Entstehung des Anspuchs ab zu laufen. Eine bereits verstrichene Zeit kommt hierbei dem unentgeltlichen Dritterwerber zustatten (§ 221 BGB.) [159]).

§ 16: d) Das Verhältnis der Ansprüche aus dem Eigentum zu den Ansprüchen aus Vertrag.

Es ist nun das Verhältnis der Vertrags- zu den Eigentumsnormen Gegenstand der Untersuchung. Im vorliegenden Falle treffen die §§ 990/89, 992 mit den §§ 325, 611 BGB. zusammen. Konkurrenz liegt vor. Denn die Handlung, die die Erfüllung der Ablieferungspflicht unmöglich machte — das Erlangen des unberechtigten Besitzes und der Verkauf der Sachen —, stellte gleich-

158) Das gleiche gilt auch hinsichtlich des § 816. Die ausschließende Bedeutung der §§ 987 ff. (RGRKomm. § 987, I; RGZ. 135/173) gilt auch hier. (A. A.: Staudinger. Komm. § 987.) Es ist nämlich der Fall denkbar, daß die Sache dem Eigentümer nicht gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war, so daß der gutgläubige Erwerb der Sache durch einen Dritten dem Eigentümer gegenüber gemäß § 932 BGB. rechtmäßig wäre. In diesem Falle läge neben dem § 990/89 gegen den bösgläubigen Erwerber und nichtberechtigt Verfügenden doch ein Anspruch aus § 816 BGB. dem ersten Anschein nach — prima facie — vor. Dann wäre auch in unserem (abstrakten) Falle das Zusammentreffen des § 990/89 mit § 816 von Bedeutung.

159) Vgl. v. Mayr, S. 630; Heuer, S. 38.

zeitig eine Verletzung der in den §§ 990/89, 992 enthaltenen Vorschriften dar.

Mithin paßt dem äußeren Anschein nach dieser Vorfall unter mehrere abstrakte Gesetzestatbestände.

Daß im Falle eines derartigen Zusammentreffens von Eigentums- und Vertragsbestimmungen Anspruchskonkurrenz vorliegt, ist heute unbestritten [160]). Es wird behauptet, Lent (S. 256 ff. und S. 291 ff.) stände mit dieser Anschauung anscheinend im Widerspruch, indem er eine Möglichkeit der Konkurrenz zwischen Vertrags- und Eigentumsnormen überhaupt leugnet (vgl. Dietz, S. 188). Das trifft jedoch nur sehr bedingt zu; denn Voraussetzung sind bei Lent nur diejenigen Fälle, in denen zwischen Eigentümer (Gläubiger) und Besitzer (Schuldner) ein Vertragsverhältnis besteht, kraft dessen der letztere zum Besitz berechtigt ist. Z. B.: Miete, Pacht, Leihe und Verwahrung. Das trifft auch in der Regel zu. Die Behauptung aber, daß Lent nun diese Erscheinung verallgemeinert, um daraus ganz allgemein immer das Nebeneinander von Vertrag und Eigentumsbestimmungen zu leugnen, und daß Lent daraus den Schluß zieht, daß diese Ansprüche nie nebeneinander bestehen können, beruht offenbar auf einem Mißverständnis. Denn Lent deutet einmal darauf hin, daß diese Unmöglichkeit des Zusammentreffens in der Regel [161]), also nicht immer, vorliegt. Dann aber erkennt auch er an, daß in Fällen, in denen ein Zusammentreffen doch in Betracht kommt (S. 292/293), ein Nebeneinanderbestehen dieser Ansprüche die einzig richtige Lösung ist.

Das ergibt sich schon aus der Verschiedenheit der Individualisierungsmomente, die beim Vertrag im Schuldverhältnis und beim Eigentumsanspruch im Grundrecht bestehen (Lent, S. 293).

In Fällen dagegen [162]), in denen der bestehende Vertrag dem Schuldner ein Besitzrecht zuerkennt, ist die Ansicht Lents, daß hier eine Anwendung sowie eine Konkurrenz der §§ 987 ff. überhaupt ausgeschlossen ist, als durchaus richtig anzuerkennen und wohl auch unbestritten [163]). Die hier zu erfolgende Untersuchung dagegen hat sich nur auf die Fälle bösgläubigen Besitzerwerbs zu erstrecken. Diese haben von vornherein den unrechtmäßigen Besitz zur Voraussetzung. Das ergibt sich aus dem Begriff der Bösgläubigkeit [164]). In diesen Fällen kann es aber vorkommen,

160) Vgl. Staudinger, Komm. Vorbem. 3 zu den §§ 985 ff. Planck., Komm. Vorbem. 3 zu den §§ 985 ff. RGRKomm. § 985, 3; Dietz, S. 186, II, 1.

161) Lent, S. 292 Anm. 5 in bezug auf die Besitzansprüche.

162) Diese Fälle eines dem Anschein nach vorliegenden Zusammentreffens sind die häufigsten.

163) Vgl. Dietz, S. 187; Siber, a. a. O.

164) Dietz, S. 187: „Ein bösgläubig berechtigter Besitzer ist eine contradictio in adiecto."

daß der Eigentümer als Gläubiger in einem Vertragsverhältnis zum Besitzer und Schuldner steht, daß diesem keine Besitzberechtigung gewährt, wie unser konkretes Beispiel zeigt. Dieses Vertragsverhältnis wird hier gerade dadurch gebrochen, daß der Schuldner den Verpflichtungen zuwider sich zum alleinigen unmittelbaren Besitzer der herauszugebenden Sache macht und aus dieser unberechtigten Besitzerstellung heraus durch Weiterverkauf der Sache deren Herausgabe endgültig und schuldhaft unmöglich macht Auch in solchen Fällen sind die Individualisierungsmomente (das Schuldverhältnis beim Vertrag und das dingliche Recht, das Eigentum, bei dem hier in Betracht kommenden dinglichen Recht [165]) verschieden. Ferner sind in den Vertrags- und Eigentumsansprüchen auch keinerlei Hinweise zu erkennen, die einen Schluß auf ein Subsidiaritätsverhältnis zwischen diesen Normen zulassen.

Mit Recht macht Dietz (S. 186) geltend, daß eine Subsidiarität der §§ 989 ff. zu einer regelmäßigen Verdrängung wichtiger Vorschriften führen würde. Andererseits käme ein verdrängender Einfluß des Vertrags auf das Eigentumsrecht nur dann in Betracht, wenn der Schuldner zum Besitz berechtigt wäre (vgl. Dietz, S. 186, II, 2 a) [166]).

Die §§ 990/89, 992 stehen also zu den vertraglichen Schadensersatzansprüchen in Anspruchskonkurrenz. Beide Vorschriften sind nebeneinander anwendbar.

§ 17: e) Das Verhältnis der Ansprüche des § 826 zu den Ansprüchen aus Vertrag.

Da nun die Vorschriften des § 990/89 sowie die der §§ 990/89 und 992 zum § 826 in Idealkonkurrenz stehen, § 826 also nicht ausgeschieden wird [167]), ist noch das Verhältnis dieses Anspruchs zu den Vertragsbestimmungen darzustellen. Für unsere Untersuchung scheiden von vornherein die Fälle aus, in denen ohne das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung eine unerlaubte Handlung gemäß § 826 BGB. nicht vorliegen würde [168]). In dem hier zu behandelnden Falle besteht eine derartige Verpflichtung nicht. Das bedarf nicht näherer Darlegung. Da die beiden Tatbestände Verschiedenheit der Individualisierungsmomente aufweisen — das vertragliche Schuldverhältnis und seine Verletzung und das Vermögen und seine sittenwidrige Schä-

165) Lent, S. 293.

166) Lent, S. 256 ff., S. 291 ff.; Schmidt, S. 166/167.

167) Im übrigen werden die Bereicherungsnormen, vgl. § 15, IV c S. 64 ff. sowie die §§ 823 ff. vgl. § 14, IV b S. 58 ff. durch die §§ 990 ff. ausgeschieden.

168) Lent, S. 276, 2.

digung (Verletzung) [169]) — so könnte, falls nicht besondere, die Konkretisierung hindernde Umstände vorliegen, ohne weiteres auf Verschiedenheit der Tatbestände und Rechtsfolgen und somit auf Anspruchskonkurrenz geschlossen werden [170]). Es können jedoch Ausnahmen bestehen, die in der Natur des betreffenden Schuldverhältnisses begründet sein können und eine Subsidiarität der Deliktsnormen begründen. In den hier vorliegenden Fällen jedoch sind solche Umstände nicht zu erkennen und wenig wahrscheinlich.

Auch ist es mit Recht die herrschende Meinung [171]) und Rechtsprechung [172]), daß § 826 nur in den Fällen eine Anwendung findet [173]), in denen Schutzvorschriften verletzt sind, die in Sondergesetzen enthalten sind, die den Schutz ausschließend und erschöpfend regeln wollen. Da andererseits den Vorschriften des § 826 keine andere Normen ausschließende Bedeutung zukommt, kann hier auch keine Subsidiarität der Vertragsregeln vorliegen. Da außerdem infolge mangelnder Tatbestandseinheit die Möglichkeit des Vorliegens von Idealkonkurrenz in Kombination (Ergänzung) der Rechtsfolgen ausscheidet, stehen in den hier erörterten Fällen die Vertragsansprüche zu den Vorschriften des § 826 in Anspruchskonkurrenz.

§ 18: f) Das Verhältnis der Ansprüche aus dem Besitz zu den angeführten Sachen- und Schuldsrechtsansprüchen.

1. Schließlich seien noch die Schadensersatzansprüche der §§ 990, 980, 992 erwähnt, die in Verbindung mit § 1007, II und III, 2 entstanden sind. Diese sind reine Besitzansprüche und haben daher als Inhalt nur den Ersatz des Schadens, der durch Verletzung des Interesses des Klägers am Besitz entstanden ist [174]).

Von Interesse ist hier, daß zwischen dem Anspruch aus § 990/89 und dem aus § 992 nicht Idealkonkurrenz, sondern Spezialität vorliegen kann. Denn die Ansprüche der §§ 986—1003 in Verbindung mit § 1007, I und III, 2 richten sich nicht mehr gegen den gemäß §§ 985 ff. zur Herausgabe verpflichteten Besitzer, sondern gegen den gemäß § 1007 I herausgabepflichtigen bösgläubigen Besitzer, der in den Eigentumsbestimmungen ge-

---

169) Lent, S. 285.

170) Lent, S. 275 ff., Dietz, S. 127 ff.

171) Staudinger, Komm. § 826, 7; RGRKomm. § 826, I; Dietz S. 206 spricht von einem unbedingten Geltungsanspruch des § 826.

172) RGZ. 73/296; 115/184; 120/94.

173) Also subsidiär ist. Bei den übrigen Formen der Gesetzeskonkurrenz müßte sonst Identität der Individualisierungsmomente vorliegen.

174) RGRKomm. § 1007, 5 b.

mäß § 990/89 besonders als Schadensersatzpflichtiger bezeichnet werden mußte. Es heißt also der Tatbestand des § 990/89 in Verbindung mit § 1007, III, 2 nun so: War der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben, so haftet er dem Besitzer, der die bewegliche Sache in Besitz gehabt hat — vorbehaltlich der Anwendung des § 1007, II und III, 1 —, von der Zeit des Besitzes an nach den §§ 987, 989 in entsprechender Anwendung. Der Inhalt des § 992 verbunden mit § 1007, III, 2 lautet dann folgendermaßen: Hat der beim Erwerb des Besitzes bösgläubige Besitzer sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung verschafft, so haftet er dem Besitzer, der die bewegliche Sache in Besitz gehabt hat, nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

Der Tatbestand des § 992 in Verbindung mit § 1007, I und III S. 2 enthält somit alle Tatbestandsvoraussetzungen, die an die Anwendung des § 990/89 verbunden mit § 1007, I und III S. 2 geknüpft sind. Er fügt außerdem diesen Tatbestandsvoraussetzungen noch besondere Merkmale hinzu. Diese bestehen in der verbotenen Eigenmacht oder in der strafbaren Handlung beim bösgläubigen Erwerb des Besitzes. Daraus ist zu entnehmen, daß in den Fällen des § 1007, I und III S. 2 in Verbindung mit den §§ 990, 992 die Vorschrift des § 992 Spezialvorschrift zu der des § 990/89 ist und daher diesen im Falle der Konkurrenz ausschließt. Ist dagegen die Sache dem früheren Besitzer abhanden gekommen (§ 1007, II), so ist das Verhältnis der beiden Normen zueinander das gleiche wie bei den Eigentumsbestimmungen (vgl. § 13, IV a S. 49 ff.).

2. Diese Ansprüche, die gemäß § 1007, III S. 2 den Eigentumsansprüchen analog angewendet werden, stehen zu diesen in Anspruchskonkurrenz. Ihre Individualisierungsmomente decken sich nicht mit denen der Eigentumsnormen; denn das verletzte Grundrecht bei jenen ist das Eigentum, bei diesen der Besitz. Es müssen also, falls nicht besondere Umstände für ihren Ausschluß oder für Subsidiarität sprechen, verschiedene Tatbestände und damit Anspruchskonkurrenz vorliegen. Ein Vergleich der zusammentreffenden Tatbestände läßt aber nichts erkennen, woraus auf ein Vorhandensein derartiger Momente geschlossen werden könnte.

Mit Recht hat daher die herrschende Lehre [175]) in derartigen Fällen des Zusammentreffens von Eigentums- und Besitzansprüchen das Vorliegen von Anspruchskonkurrenz bejaht.

---

175) RGRKomm. § 985, III und Staudinger, Komm. § 1007, V § 13. VII, 2 § 17.

Praktisch würde diese Frage von nicht allzu großer Bedeutung sein. Denn die Ansprüche aus dem Besitz geben dem Berechtigten weniger als die aus dem Eigentum. Vorteile könnten darin gesehen werden, daß gegenüber dem bösgläubigen Besitzerwerber der Beweis früheren Besitzes allein genügt — vorbehaltlich des Gegenbeweises aus § 1007, III —, um in entsprechender Anwendung die Ansprüche aus den §§ 990/89 entstehen zu lassen.

Im übrigen ergeben sich hinsichtlich des Zusammentreffens der §§ 990/89, 992 mit den hier erörterten Schuldrechtsnormen die gleichen Möglichkeiten als auch dieselben wie die oben angegebenen Lösungen. Das folgt aus der Natur des Gesetzesanspruchs als dingliches Recht sowie aus der im § 1007, III, 2 angeordneten Analogie der Besitz- zu den Eigentumsansprüchen. Es ist nur an die Stelle des Eigentümers der frühere gutgläubige Besitzer getreten, der den Besitz nicht aufgegeben hat (§ 1007, I und III) oder dem die Sache gemäß den im § 1007, II enthaltenen Vorschriften abhanden gekommen war.

V. Die Lösung der Konkurrenz.

§ 19: a) Im abstrakten Falle.

Es kommen daher beim Zusammentreffen aller dieser Bestimmungen folgende Fälle und Lösungen in Betracht:

1. Es wird von den dinglichen Ansprüchen nur der Tatbestand des § 990/89 erfüllt.

aa) Dann kann § 990/89 mit den §§ 823 (I und II), 826 zusammentreffen. § 823 scheidet hierbei infolge von Konsumtion aus.

§ 826 steht zu § 990/89 in Idealkonkurrenz. Es ergibt sich eine einheitliche Rechtsfolge im Tatbestand (vgl. 14, IV b S. 58 ff.).

bb) § 990/89 und §§ 823, 826 treffen mit dem § 818, II oder mit § 819, I zusammen. Beide Bereicherungsansprüche werden infolge von Subsidiarität zu den Eigentumsnormen ausgeschieden (vgl. § 15, IV c S. 64 ff.). § 823 wird durch § 990/89 konsumiert (Fall 1 aa). Es ergibt sich mithin dieselbe Rechtsfolge wie unter 1 aa.

cc) Die §§ 990/89 und die §§ 823, 826 treffen mit den §§ 818 oder 819 und den §§ 325, 611 zusammen. Es ergibt sich, daß die §§ 823, 818 oder 819 durch § 990/89 ausgeschieden werden (1 bb), so daß die §§ 990/89, 826, untereinander in Idealkonkurrenz (Ergebnis 1 aa), zu den Vertragsbestimmungen dagegen in Anspruchskonkurrenz stehen (§§ 16, 17, IV d und e S. 72--75).

dd) Treffen die §§ 990/89, 823 nicht mit § 826 zusammen, so kommt § 990/89 allein zur Anwendung.

ee) Treffen die §§ 990/89, 823 mit den Bereicherungsnormen allein zusammen, so kommt § 990/89 ebenfalls allein zur Anwendung.

ff) Treffen die §§ 990/89, 823 mit den Bereicherungs- und Vertragsbestimmungen zusammen, so liegt Anspruchskonkurrenz zwischen Vertrags- und Eigentumsbestimmungen (§ 990) vor. Denn die §§ 823, 818 oder 819 werden immer ausgeschieden.

gg) Treffen die §§ 990/89, 823 nur mit den Vertragsansprüchen zusammen, so bleibt das Ergebnis das gleiche (1 ff.).

hh) Trifft § 990/89 ohne § 823 mit den oben erwähnten Ansprüchen zusammen, so bleibt das Ergebnis das gleiche wie in den Fällen 1 aa—hh; denn § 823 wird von § 990/89 ausgeschieden (konsumiert).

2. Es wird von den dinglichen Ansprüchen außerdem der Tatbestand der §§ 990, 992 erfüllt. Die beiden Bestimmungen stehen zueinander in Idealkonkurrenz (vgl. § 13, IV a S. 49 ff.). Die Ergebnisse bleiben wie zu 1 die gleichen, nur treten an Stelle des § 990/89 in jedem Falle die §§ 990/89, 992 als ein einheitlicher, mit einheitlicher Rechtsfolge ausgestatteter Tatbestand (Idealkonkurrenz).

3. Es kommen von dinglichen Ansprüchen noch die Tatbestände der §§ 990/89, 992 in Verbindung mit §§ 1007, I und II, 2 hinzu. Im Falle 1 aa—hh tritt dann — da bei den Besitzansprüchen dann tatbestandsmäßig auch nur allein § 990/89 (in Verbindung mit § 1007, I und III, 2) erfüllt sein kann — dieser in jedem Falle neben § 990/89 (Anspruchskonkurrenz). Im Falle 2 aa—hh — es sind dann die Tatbestände der §§ 990/89, 992 (Eigentum) und die der §§ 990/89, 992 in Verbindung mit § 1007, I und III, 2 erfüllt — ergibt sich dann, daß (vgl. § 18, IV f. 1 S. 75 ff.) § 990/89 (in Verbindung mit § 1007, I und II, 2) durch die Sonderbestimmung des § 992 (in Verb. mit § 1007, I und III, S. 2) ausgeschieden wird (Spezialität). Es steht daher in allen Fällen unter 2 aa—hh neben den immer zur Anwendung gelangenden §§ 990/89, 992 nur ein Anspruch aus § 992 in Verb. mit § 1007, I und III, 2) in Anspruchskonkurrenz.

4. Es werden von den dinglichen Ansprüchen statt der Tatbestände des § 990 (Besitz) oder der §§ 990/89, 992 in Verbindung mit § 1007, I und III, 2 die Tatbestände der §§ 990/89, 992 in Verbindung mit § 1007, II und III, 2 [176]) erfüllt. In den Fällen 1 aa—hh steht dann neben dem Anspruch aus § 990/89 ein dementsprechender Anspruch aus § 990 in Verbindung mit § 1007, II und III, S. 2.

176) Die Sache ist also abhanden gekommen.

In den Fällen 2 aa—hh treffen dann mit den in Idealkonkurrenz zueinander stehenden §§ 990/89, 992 die, diesen beiden Bestimmungen entsprechenden, §§ 990/89, 992 (in Verbindung mit § 1007, II und III, 2) ebenfalls in Idealkonkurrenz untereinander, zusammen.

§ 20: b) Im konkreten Falle.

Auf unser konkretes Beispiel angewandt, ergibt sich folgende Lösung: Der Sachverhalt fällt insofern unter den Fall 1 cc, als außer dem § 990/89 die §§ 823, 826, 819, I, 325, 611 passen. Außerdem paßt das Beispiel noch unter den § 992 und fällt damit unter 2 cc.

Da außerdem die Vase gegen den Willen des früheren Besitzers U aus dessen Besitz verloren gegangen und damit abhanden gekommen war, ist auch der Tatbestand eines der Fälle unter 4 in Verbindung mit 2 cc erfüllt. Das Endergebnis sieht damit folgendermaßen aus: Die §§ 990/89, 992, 826 stehen untereinander in Idealkonkurrenz und mit den Vertragsbestimmungen der §§ 325, 611 in Anspruchskonkurrenz. Neben den Eigentums- und Vertragsansprüchen laufen in Anspruchskonkurrenz die §§ 990/89, 992 in Verbindung mit § 1007, II und III, 2 einher, welche ihrerseits wieder mit dem § 826 in Idealkonkurrenz stehen.

Schrifttum.

I. Lehrbücher, Kommentare und Einzelabhandlungen.

de Boor: Das Zusammentreffen der einzelnen Tatbestände unerlaubter Handlungen. Gruch. Beitr. 61/258.

Dietz: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung u. Delikten. Bonn 1934.

Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen, 1930.

Hedemann: Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl., Berlin-Leipzig 1931.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Beitr. zum Bürgerl. Prozeßrecht, Jena 1910.

— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd., Leipzig 1903.

Heuer: Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches und die Kondiktion des Besitzes. Diss. Göttingen 1927.

Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.

Klatzko: Die Konkurrenzform der Ausschließlichkeit. Diss. Königsberg 1931.

Kohlrausch: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 32. Aufl., Berlin und Leipzig 1936.

Lehmann: Lehrbuch des Bürgerl. Gesetzb. Allg. Teil, Bd. I, Berlin und Leipzig (Verlag de Gruyter & Co.).

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Bd. I, Leipzig 1912.

Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. I, 26. Aufl., bearb. von Dr. E. Schmidt, Berlin und Leipzig 1932.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Berlin 1929. — Über Gesetzeskonkurrenz im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 2. Bd., S. 876. Berlin und Leipzig 1922.
Plessen: Die Grundlagen der modernen Condiction. Leipzig 1904.
Planck: Kommentar, Bd. 3: Sachenrecht, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1933.
Prym: Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrag mit dem Anspruch aus unerlaubten Handlungen. Berlin 1906.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 8. Aufl. — Bd. III: Sachenrecht, 8. Aufl., Berlin u. Leipzig 1934.
Schmidt: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht. München 1915.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
Staudinger: Kommentar: Bd. 3: Sachenrecht I, 10. Aufl., 1935. — Bd. 2: Schuldrecht, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1926.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Leipzig 1910. — Bd. 2, Leipzig 1914.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1930.

II. Entscheidungssammlungen.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ) Bd. 23/311).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (Seuff. Arch.) Bd. 75, Nr. 212/364 ff.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen in Juristischer Wochenschrift (RGZ. in JW.) 1912, 690, 1919, 715.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.) Bd. 52/142.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.) Bd: 39/163, 48/139, 62/262, 71/253, 73/296, 77/208, 79/417, 105/86, 106/6, 115/184, 117/424, 120/94, 127/311, 135/173, 137/310.

Paragraphen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das BGB.